Archiv für die civilistische Praxis.

I.

Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasipossessio.

Von Herrn Hofrath und Professor Roßhirt zu Heidelberg.

§. 1.

Nicht leicht führt eine Lehre in feinere und tiefere Verhältnisse des Civilrechts, als die Lehre vom Besitz. Ihr mangelt zwar die vollkommen sichere historische Grundlage, obgleich die geistreichsten Männer unserer Zeit hier gethan haben, was nur immer Scharfsinn und tiefe Kenntniß des Alterthums leisten können. Die vollendete Jurisprudenz der Römer hat indeß uns absonderlich in dieser Lehre gezeigt, welch' herrliches Gebäude der menschliche Verstand aufzuführen vermag, wenn er eine nicht leere Idee nach den verschiedensten Beziehungen des Lebens auffaßt, und überall mit dem Bestehenden in Harmonie setzt. Diese Darstellung der Römer hat dermaßen alle Verständigen der späteren Zeit mit sich fortgerissen, daß unsere Naturrechtslehrer die Klippen gar nicht mehr sahen, über welche sie hinwegzufahren hatten. Diese sprechen nämlich von dem Verhältnisse des Besitzes zum Eigenthume dermaßen im Geiste der ausgebildeten römischen Jurisprudenz, als wäre dieses in Rom von jeher so gewesen, ja als wäre dieses von jeher allerorten so gewesen, und folglich so ursprünglich und

allgemein, wie etwa der Vertrag. Und um von diesen Naturrechtslehrern nur einen zu nennen, will ich den gelehrten Heineccius anführen [1]), welcher doch aus seinen im vergleichenden Geiste zum römischen Rechte gemachten Studien im germanischen Rechte sehr leicht vom Gegentheile sich hätte überzeugen können. Denn aus dessen eigenen germanistischen Ausführungen [2]) geht wohl hervor, daß der Gebrauch und Genuß der Sachen bey allen germanischen Stämmen nicht selten von andern als von den Eigenthümern derselben gemacht wurde, wo dann natürlich jene die Sachen für sich inne hatten: allein dieses geschah in Folge eigenthümlicher Rechtsinstitute, und es ergibt sich keine Spur von Betrachtungen der alten Deutschen über das reinfactische Verhältniß zu Sachen ohne und mit Rücksicht auf das Recht, wie wir solche bey den Römern finden. Es ziemt uns also, vor Allem zu bekennen, daß, wenn wir vom Besitze sprechen, wir ein Institut im Auge haben, welches sich durch die Vermittlung des römischen Rechts uns mitgetheilt hat, und daher ohne Reflexionen andrer Art durchaus in dem Sinne aufgefaßt und fortgebildet werden muß, in welchem es von den römischen Classikern dargestellt ist. Bey dieser Lage der Dinge bleibt nun wohl immer höchst interessant, zu wissen, unter welchen Verhältnissen, aus welchen Bedürfnissen, etwa durch welche Veränderung der Umstände die Basis zu dem Gedanken gelegt worden ist, welcher zu dem in unsern Classikern enthaltenen Begriffe geführt hat: aber wenn wir auch hier die Gewißheit auf immer sollten entbehren müssen, so sind uns doch historische Zeugnisse genug übrig, um die römische Idee gehörig fassen, und rein für unser juristisches Leben verarbeiten zu können. Um übrigens die von Niebuhr [3]) aufgestellte, von Savigny [4]) angenommene

1) Lib. I, §. CCXXXI. seines Naturrechts.

2) in seinen elementis jur. germ. lib. II. tit. II.

3) Römische Geschichte, Th. 2. S. 370.

4) vom Besitz, 4. Ausgabe S. 150.

geistreiche Ansicht vom Ursprunge der Doctrin vom Besitz nicht unerwähnt zu lassen, sey mir die Bemerkung erlaubt, daß als gewiß angesehen werden darf, wie der Begriff von possessio als usus am ager publicus, woran ein Privatrecht ex jure Quiritium nicht denkbar war, eine sehr gewöhnliche Anwendung im ältesten Rechte der Römer darbieten mochte: ob diese Bedeutung aber die ursprünglich einzige war, ist schwer zu beweisen. Schon die Exegese der L. 115. D. de V. S. führt weiter: »quidquid enim adprehendimus, *cujus proprietas ad nos non pertinet* aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus« es kann nämlich zugegeben werden, daß sich die Stelle blos auf unbewegliche Güter beziehe, wie die vergleichende Zusammenstellung der Ausdrücke ager, fundus, und possessio anzeigt, und daß das Wort possessio ursprünglich nur für unbewegliche Sachen gebraucht wurde, ohne daß im geringsten dargethan wäre, daß der Begriff possessio ursprünglich auf den ager publicus beschränkt war. Es heißt ja cujus proprietas ad nos non pertinet *aut* nec potest pertinere. Also auf agri, quorum proprietas ad nos pertinere potest, sed ad nos non pertinet, geht der Begriff possessio ebenfalls, und hiernach scheint, daß ursprünglich auch agri privati, die von jemanden nicht gehörig zu Recht erworben waren, natürlicherweise blos in usu vel possessione desselben standen. Die Beziehung der possessio auf die agri privati als eine Anwendung späterer Zeit zu betrachten [5]), wäre nur dann gerechtfertigt, wenn nachgewiesen werden könnte, daß ursprünglich alles römische Land ager publicus gewesen sey, was aber immer nur als Conjectur aufgestellt werden kann: und in der bekannten Stelle des Festus [6]) den Ausdruck privatique, der ein bestimmtes Zeugniß für uns darbietet, gar nicht zu beachten, wie Brissonius [7]) gethan hat, oder die ganze Erklärung des

5) v. Savigny S. 155.

6) s. v. possessiones. cf. Isidori lib. XV. etymol. cap. 13.

7) antiq. sel. lib. IV. c. 1.

Festus durch den Zusatz privatique als verderbt schlechthin anzunehmen, wie Niebuhr [8]) thut, kann nicht wohl Jemanden befriedigen, um so weniger, als mit allen anderen Stellen Niebuhr's und v. Savigny's nichts weiter erwiesen ist, als daß sich die possessio auf den Gebrauch des ager publicus von Seite der Privatpersonen bezog. Dadurch aber ist eigentlich nur etwas dargethan, was Niemand läugnete; allein es ist darin nichts Exclusives zu finden; nämlich es ist nicht erwiesen, daß possessio ursprünglich auf agri privati als juristischer Ausdruck unanwendbar war. Dazu kömmt, daß, wie die Sprache der Römer mit andern Völkern ursprünglich gemeinschaftlich war, es gewiß auch die Rechtsbegriffe und Ausdrücke waren; und ließe sich daher auch von den Römern historisch vollkommen beweisen, daß alles Land ursprünglich ager publicus war, so ist in Beziehung auf die Nachbarvölker dieses geradezu fast unmöglich, und so ist der Darstellung Niebuhrs und v. Savigny's immer zu entgehen, wenn man den Ausdruck usus oder possessio agri als auf jus gentium der ältesten Zeit gegründet ansieht. Wenn die Bemerkung Savigny's S. 145. Note 1. vollkommen gegründet ist, wornach sich der deutsche Ausdruck Besitzung ganz entsprechend der objectiven Bedeutung des Worts possessio gewiß ohne Einfluß des römischen *ager publicus* gebildet hat, so kann, so fern auch zugegeben wird, daß hier Besitzung gewöhnlich den im Eigenthume stehenden fundus bedeutet, doch nicht geläugnet werden, daß das Wort so allgemein lautet, daß auch der, welcher Kraft eines selbstständigen Rechts eine in fremden Eigenthume stehende Besitzung benützt, von seiner Besitzung im Gegensatze des Eigenthumes sprechen kann, und daß also das Wort Besitzung als Object der Einwirkung eines Rechtssubjects auf einen fundus immer allgemeiner ist, als das Eigenland als Object der Einwirkung des Eigners. Im deutschen Rechte lag übrigens die Feinheit dieses Verhältnisses

8) II. Bd. S. 360.

immer unerkannt, wie schon oben bemerkt ist: und da, wie von Savigny sehr richtig sagt, die Unterscheidung des Besitzes vom Eigenthume auf einer juristischen Abstraction beruht, so ist gewiß, daß das Bewußtseyn derselben und ihre Hervorbildung der fortgeschrittenen Rechtswissenschaft angehört, ohne daß die Begründung der Sache selbst, schon weil jede Abstraction etwas allgemein wirklich Existirendes voraussetzt, in einem blos zufälligen Verhältnisse der alten Zeit gefunden werden dürfte. Wenn die Rechtshistoriker [9]) es für sehr zweifelhaft halten, ob in den ältesten Zeiten usus et fructus als Rechtsbegriffe neben dem Eigenthume, im Sinne des neueren Rechts, vorgekommen seyen, so ist wahrscheinlich, daß der Begriff possessio, der freylich noch nicht die juristische Bestimmtheit der späteren Zeit hatte, ja sich nicht auf das Intellectuelle des Rechts, sondern auf das Körperliche des Grundstücks bezog, die Lücke ausfüllte; um so gewisser, als es außerdem keinen Weg gegeben hätte, auf welchem das durch den Willen des Eigenthümers, aber ohne die gehörige Rechtsform bestehende Verhältniß zu einer Sache, das doch wegen der usus auctoritas so alt ist, sowohl gegen den Eigenthümer, als gegen Dritte hätte in Betracht kommen können. Ohne die Anerkennung der possessio, und bey dem Mangel solcher Rechtsinstitute bey den Römern, die bey den Deutschen unter dem Namen des Nutzeigenthums von den Behandlern des Rechts zusammengefaßt sind, wäre nicht einmal das so natürlich einfache Bedürfniß befriedigt gewesen, einem andern, als dem Eigenthümer, insbesondere demjenigen, der von einem Nichteigenthümer, oder ohne die gehörige Form erworben hatte, durch ein rechtlich gebilligtes Verhältniß zur Sache den vorübergehenden Genuß der Früchte, die guten Muths, als eine Gabe der Natur und Arbeit verzehrt werden, zu sichern. Auch ist gewiß anzunehmen, daß bey dem Werthe, welchen alle fast nur im Ackerbau ihre volkswirthschaftliche

9) Hugo, neunte Ausgabe S. 146.

Cultur findenden Völker auf Grundstücke legen müssen, der Erwerb der Grundstücke ursprünglich an gewisse Solennien geknüpft war, um so mehr, als bey der Rolle, die der ager publicus spielt, das beständige und unbeschränkte Recht am ager privatus vor dem widerruflichen und vorübergehenden Verhältnisse des Genusses am ager publicus gewiß sorgsam ausgezeichnet und durch Aeußerlichkeiten hervorgehoben wurde. Daher sind in Beziehung auf Grundstücke mancipium und nexus uralt, und usus ist der Gegensatz, der jedoch durch die Dauer so vermittelt wird, daß usus selbst zur Erwerbart wird. Wahrlich dieser Gegensatz ist kein in der Zeit gewordener, sondern ein mit ursprünglichen Einrichtungen verbundener, und daher so mit dem Leben und mit der Sprache der Römer verwachsen, daß er in den verschiedensten Beziehungen uneigentlich angewendet wurde. So schreibt Cicero im 7. Buche seiner Briefe ad familiares an Curius über seinen Freund Atticus: cujus quum proprium te esse scribis mancipio et nexu, meum autem usu et fructu. So sagt ferner Lucretius lib. 3. de natura rerum. Vitaque mancipio nulli, datur omnibus usu, und Horatius in den epistolis lib. 2. ep. 2. Quaedam si credis consultis, mancipat usus. Ist nach Allem diesem der usus in dem ältesten Privatrecht so wichtig, kömmt er sogar in Beziehung auf Rechtsformen im Personenrechte vor [10], ist er, wie Hugo scharfsinnig bemerkt [11], im alten römischen Rechte nichts anders, als das mit dem Willen der Rechtssubjecte ohne äußere Form des Rechts Bestehende, und durch das Bestehen zum Rechte werdende, wie das Recht selbst durch die Form des Gesetzes oder durch das Herkommen wird: so kann auch seine Beziehung auf Grundstücke als Besitz nicht einzig und allein aus dem Verhältnisse der Rechte am ager publicus abzuleiten seyn; vielmehr scheint derselbe so im Zusammen-

10) Hugo S. 126.
11) S. 169.

hange mit einer Reihe der urältesten Privatrechtsverhältnisse zu stehen, daß die Begründung wie bey so vielem Alten nicht im einzelnen Zufälligen und Losgerissenen, sondern im freylich nicht mehr klar zu erkennenden Organismus des Ganzen zu finden ist. Es genüge übrigens diese Andeutung der Ansichten des Verfassers, da eine wahre Ausführung derselben nicht in seinem Plane liegt, und es soll daher sogleich zur Natur des Besitzes überhaupt im justinianischen Rechte, und zur Anwendung desselben auf unkörperliche Sachen übergegangen werden.

§. 2.

Nur zwey Puncte sollen hier zur Einleitung in unsere Darstellung vom Quasibesitze aus der Lehre vom Besitz berührt werden, nämlich:

1) Die Frage, wie äußert sich der Besitz nach der Ausführung unsrer juristischen Classiker im allgemeinen, und was hat er für Wirkungen?

2) Die Frage, auf welche Gegenstände erstreckt er sich?

Zu 1. Darüber, daß der Besitz, vor der Hand abgesehen von den Wirkungen, die das positive Recht mit ihm verbunden hat, ein rein factisches Verhältniß sey, ist man einverstanden, denn er gründet sich auf eine unförmliche, niemals symbolische und für die Constituirung der Rechte selbst unpräjudicirliche Handlung eines Rechtssubjects an einem Rechtsobjecte. Wenn man aber überhaupt im Privatrechte von einem Verhältnisse sprechen will, so muß man Rechtssubjecte und Rechtsobjecte im allgemeinen voraussetzen, d. h. so daß diese Beziehungen allein die Sache, von welcher gehandelt wird, unmöglich noch zur bestimmten juristischen machen [12]: die Besitz-Handlung selbst aber erfordert nichts, als daß etwas ge-

12) Aber, wo sie fehlen, kann von etwas juristischem nie die Rede werden; dadurch erklärt sich, warum das civiliter non possidere nicht selten Negation alles Besitzes bedeutet. Meine Grundlinien S. 159. Note 3., und vergl. unten Note.

schehen sey, wodurch die Sache der Einwirkung der Person unterworfen wurde, welche die Sache für ihre Zwecke haben will. So lange unter dem Haben in juristischer Beziehung nichts anders gemeint seyn kann, als das eigenthümlich Haben, weil es noch kein anderes Einwirkungsrecht auf körperliche Sachen als das Eigenthum gibt [13]), ist natürlich der animus rem sibi habendi kein anderer als der animus domini. Das Besitzverhältniß aber neben dem Eigenthume ist nach der Darstellung im §. 1. und nach jeder Conjectur, auch nach Merenda's und Cuper's Ansichten, nicht weniger nach der Entwickelung von Paulus in L. 1. §. 1. D. de acquirenda vel amitt. poss. uralt, und bestand daher schon sehr fest in jener Zeit, wo der usus fructus aufkam, der auch durchaus nichts mit dem Eigenthume gemein haben sollte, nach

L. 25. D. de V. S.

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est: quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis est, ut via et iter: nec falso dici, um meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse: *hoc et Julianus: et est verius.*

Er bestand ferner zu einer Zeit, wo das Contractssystem noch nicht ausgebildet war, und von den Folgen der dabey vorkommenden Detention mit der juristischen Schärfe des Gegensatzes nicht die Rede seyn konnte, wo man insbesondere vom pignus noch nichts wußte, und wo also unter dem animus habendi auch als affectio tenendi [14]) nichts anders verstanden seyn konnte, als der animus domini. Als in der Folge die ebenerwähnten Rechtsinstitute hervortraten, bildete sich mit ihnen der Gegensatz der Detention zur Possession im *animus*: der Vertrags-Berechtigte, der sein Verhältniß zur Sache vom Mitcontrahenten **ableitet**, muß dieses in Vertrags-

13) cf. l. 188. D. de V. S.
14) L. 1. §. 3. D. 41., 2.

treue anerkennen, und besitzt daher nomine alterius: der Usufructuar ist obligatorisch, wie ein Contrahent verpflichtet, und vom Pfandgläubiger kann man zwar dasselbe sagen, aber das Recht an der Sache äußert sich ja gerade hier durch die Ausschließung aller, absonderlich auch des Eigenthümers, zwar nicht als solchen, sondern als Besitzers, denn nur so kann der Zweck, sich an die Sache insbesondere gegen den Verpfänder zu halten, erreicht werden [15].

Es ist auch leicht einzusehen, daß der Pfandgläubiger in Beziehung auf Dritte denselben animus hat, wie der Eigenthümer: allein dieser Punct hebt den Pfandbesitz nicht hervor, indem derjenige, welcher nomine alterius besitzt, gegen Dritte auch sicher ist; es ist vielmehr die Ausschließung des Eigenthümers dadurch, daß der Pfandbesitzer gegen denselben geschützt wird, was die Selbstständigkeit des Pfandbesitzes begründet. Gerade dieser Punct aber verschafft dem Pfandgläubiger die nöthige Unabhängigkeit vom Schuldner in Beziehung auf die Sache, indem er den animus mit Ausschließung des Eigenthümers die Sache zu haben, constituirt; was natürlich, weil ein dominus anerkannt wird, kein animus domini ist, aber doch nie affectio rem *sibi* tenendi, und wahren Besitz verschafft. Es ist nicht nöthig, dieses Verhältniß mit Ramos del Manzano durch eine affectio animi dominantis circa possessionem [16] zu erklären, oder mit Savigny als abgeleiteten Besitz zu charakterisiren [17], oder mit Unterholzner als unvollkommnen Besitz dem vollkommnen an die Seite zu stellen [18]: es liegt vielmehr in dem Unvollkommnen etwas Unrichtiges, weil der Pfandbesitz der factischen Begründung und rechtlichen Wirkung nach ganz dasselbe

15) v. Savigny S. 253.

16) de acquir vel omitt. poss. Meerman tom. VII. pag. 82.

17) S. 90.

18) von der Verjährung S. 168.

ist, wie jeder andere Besitz [19]; auch das Abgeleitete kann auf Irrthümer führen, weil von Vielen das Abgeleitetseyn nicht auf den Begriff des Besitzes und dessen Ausdehnung, und nicht auf die Rücksicht des ursprünglichen Verhältnisses des Besitzes, sondern auf das Derivative vom Eigenthümer, auf das Verhältniß zu demselben als Principal bezogen wird, was in der ersten Richtung den falschen Gedanken einer Succession gibt, die bey'm Besitze gar nicht denkbar ist, in der andern Richtung aber in einen animus tenendi nomine alterius hinüberläuft. Es ist somit am besten, die ganze Sache einfach in der historischen Entwickelung, wie sie hier vorliegt, d. h. ohne einen den Römern ohnehin unbekannten Kunstausdruck aufzustellen. Es geht aber zugleich aus dieser Entwickelung hervor, daß die ursprüngliche Idee des Besitzes nicht weiter als fortgebildet betrachtet werden kann, als sie es wirklich ist, was im römischen Rechte nur unter ausdrücklicher Bestimmung bey dem Sequester [20] und bey dem Precarium [21] angenommen werden darf. Bey der Sequestration läßt sich der besondere Grund leicht einsehen:

> id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

das Precarium aber ist an sich so wenig juristisch, daß nur das factische Verhältniß des Besitzes mit einem besondern

---

19) Daß der Pfandbesitz deshalb unvollkommner sey, weil er nicht als usucapions-fähiger Besitz betrachtet werden könne, ist, weil der Grund unwahr ist, unwahr. Man muß nur so sagen: für den Pfandgläubigen geht die Usucapion in der Person des Pfandschuldners vor, weil beyde hier ein vollkommen ungetheiltes Interesse haben, und es ist dieses nichts Singuläres im Rechte. Wird ja auch die Restitutions-Wohlthat neben dem Minderjährigen dem Großjährigen zu Theil, wenn ihr Interesse ungetheilt ist. L. 10. D. 8, 6. vergl. mit L. 4. §. 4. D. 8, 5. Thibaut System §. 1011.

20) L. 110. D. de V. S. L. 17. §. 1. D. 16, 3.

21) L. 4. §. 1. L. 10. pr. §. 1. D. 43, 26.

Schutze für den früheren Besitzer (interdictum de precario) und nichts obligatorisches nebenbey, also auch kein Procuratorsbesitz in Betracht kommen sollte. Immerhin ist übrigens dieser Punct im Dunkel der Geschichte begraben. Eine weitere Ausdehnung des Besitzes in der Art anzunehmen, daß auch durch andere Geschäfte ein nicht den animus domini enthaltender Besitz übertragen werden könne, ist bey dem Mangel aller Zeugnisse für römische Ansichten darüber nicht wohl räthlich, um so weniger, als diese Ausführung zeigt, daß schon in den drey Fällen des Pfand-Sequester- und Precarbesitzes ein abnormer Zustand vorhanden ist. Auch hat die emtio und conductio possessionis, die in den Quellen vorkömmt [22]), einen ganz besondern Sinn; es soll nämlich dadurch ausgedrückt werden, daß der Eigenthümer, dem die possessio fehle [23]), durch emtio oder conductio sich die Vortheile derselben verschaffen könne, und daß insoweit die possessio ein Object äußeren Werths und eines in Hinsicht auf den Gegenstand ganz unbeschränkten Rechtsgeschäftes, wie Kauf und Miethe sind, seyn könne. Die Beziehung der possessio auf den ager vectigalis [24]) mag nach der L. 115. D. de V. S. daher kommen, daß hier ursprünglich von Grundstücken die Rede war, quorum proprietas ad nos pertinere non potest.

Also ist das Wesen des Besitzes in der Hauptrichtung des an der Sache geäußerten animus domini und in den Nüançen aufzufassen, welche die angegebenen vier besonderen Verhältnisse darbieten, und in Beziehung auf welche eine Generalisirung nicht möglich ist, sofern nichts sagende Worte, oder unbestimmt gefährliche Darstellungen vermieden werden sollen. Was die Wirkungen des Besitzes betrifft, so scheinen unmit-

---

22) L. 34. §. 4. D. 18, 1. L. 28. D. 41, 2. L. 37. D. eod. L. 35. §. L. 37. D. 13, 7.

23) Schon des Processes wegen.

24) L. 15. pr. D. 2, 8.

telbare, d. h. solche, zu welchen sich der Besitz als einzige und nächste Ursache verhält, gar nicht angenommen werden zu können, und ich glaube sogar, daß sich dieses historisch nachweisen lasse. v. Savigny hat hiefür die Bahn gebrochen, und es ist ihm vortrefflich gelungen, von einer Reihe von Verhältnissen, die man gewöhnlich als Folgen des Besitzes darstellte, zu zeigen, daß sie mit andern Beziehungen im Rechte zusammenhängen. Dadurch hat er vollkommen bewiesen, daß, wenn man genau seyn will, die reine Ursache und deren Folgen, und dasjenige, was mit diesen in Verbindung kommen kann, sorgsam unterschieden werden müssen [25]). Aber ich wage noch weiter zu gehen in der Behauptung, daß auch Interdicte und Usucapion wenigstens ursprünglich nicht als reine Wirkung des Besitzes dastanden. Der usus als Besitz war sichtbar eher, als die in den prätorischen Edicten gestalteten Interdicte, und die Interdicte sind, wie uns die Uebersicht derselben noch jetzt wahrnehmen läßt, zum Schutze verschiedener Verhältnisse entstanden, wobey neben dem Privatinteresse ein öffentliches Interesse hervortrat. Die Anwendung auf den Besitz machte sich in dieser Rücksicht leicht, und es kann gerne zugegeben werden, daß der Besitz zum festen rechtlichen Institute erst durch die Interdicte, d. i. durch richterlichen Schutz wurde, eben so wie das Pfandrecht erst durch die actio quasi serviana zum eigenen dinglichen Rechtsinstitute sich hervorbildete; allein der Schutz des Besitzes war nicht so der letzte Gedanke bey Begründung der possessorischen Interdicte, wie der Schutz des Eigenthums bey der vindicatio, oder der Schutz der obligatio bey der condictio, denn der Besitz ist ja nichts Juristisches, und daher an sich rechtlich zu Schützendes, was Savigny sehr gründlich erkannt hat, indem er Alles bey den Interdicten auf die obligatio ex maleficio wirft, wodurch er aber eben den Satz, als seyen die Interdicte unmittelbare Folge des Besitzes, zerstört: es ist

25) v. Savigny §. 3. seines Buches vom Besitze.

bey den Interdicten, wie schon ihr Name zeigt, vielmehr die Geltendmachung der Auctorität des Magistratus in Verhältnissen, wo, weil das Juristische auf offener Hand liegt, wie beym Schutze im Genusse der res publicae, oder bey dem zur Basis genommenen Unrecht in Angriffen auf Privatverhältnisse [26]), eine Entschließung der Obrigkeit zur Verhütung weiteren Unrechts im höchsten Interesse des Staats ist. Ich brauche für diese Ansicht nur auf den Zusammenhang der Darstellung bey Gajus IV. 139. mich zu berufen:

> *Certis ex causis* Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasipossessione inter aliquos contenditur, et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet.

Wie wenig bey den Interdicten auf das privatrechtliche Object, um darin den Grund des Anspruchs zu finden, gesehen ist; wie vielmehr hauptsächlich in Beziehung auf das rechtliche Interesse von Privatpersonen an solchen Sachen, die extra commercium singulorum sind, die interdicta begründet worden, beweisen viele Stellen und ganze Titel in unsern Pandecten. Ich führe nur L. 1. pr. und L. 2. §. 1. usque ad fin. D. de interdictis an, wo das proprietatis causam continere nichts anders als ein privatrechtliches Interesse

---

26) Darin ist v. Savignys Darstellung eben so geistreich als tief wahr, daß bey der Störung oder Entziehung des Besitzes nicht der Besitz es ist, der den Grund des Anspruchs vor dem Richter gibt, sondern das in der vis und in der clandestinitas enthaltene Unrecht. Gewalt nämlich und Täuschung, sofern sie Schaden bringen, sind immer und ohne nähere Erwägung des Gegenstandes, an welchem sie ausgeübt werden, Unrecht. Das Verhältniß des precarii erscheint immer als eine Eigenthümlichkeit, aber das Unrecht in der Verletzung der aus dem precario entspringenden Treue ist etwas Auffallendes, und die Rechtfertigung des Interdicts daher einfach.

enthalten, bedeutet [27]), was freylich bey jedem Anspruche vor dem Prätor nothwendig vorhanden seyn mußte. Auf diese Weise hoffe ich dahin gekommen zu seyn, für die Behauptung eines unmittelbaren Zusammenhanges der Interdicte mit dem Besitz Zweifel zu erregen, wobey ich aber nicht läugnen will, daß die wichtigste mittelbare Beziehung des Besitzes zum Recht in den Interdicten liegt, wo dann freylich nicht wohl das practische Resultat, aber doch die theoretische Stellung der Wirkungen des Besitzes bey v. Savigny anders werden, und überhaupt der Streit über die Wirkungen des Besitzes eine andere Richtung nehmen könnte. Doch es ziemt zunächst von der usucapio zu reden. Hugo hat längst schon in seiner Rechtsgeschichte bemerkt [28]), daß das Wort usucapio der ausgebildeten Rechtssprache angehört, wobey zugesetzt werden dürfte, daß es hier auch eine speciellere Richtung hat, wie der alte usus als Begründungsart quiritarischer Rechte. Bey einem Volke, wo Publicität so sehr in das Privatrecht eingreift, wie die mancipatio und cessio in jure zeigen, ist der andauernde usus als das, was ohne Förmlichkeit der Publicität entspricht, von der größten Bedeutung. Wie nämlich die Rechtsform hier mit dem ausdrücklichen Gesetze als ersten Quelle des Rechts verglichen werden kann, so der usus mit dem, dem materiellen Recht oft mehr entsprechenden Herkommen, als der zweyten Quelle. So bedeutsam war der usus im alten römischen Privatrechte als Begründungsform von Rechten: er kömmt daher nicht nur im Sachen-, sondern auch

---

27) Die Glosse faßt das Wort proprietas zu eigentlich auf, und wirft Alles auf das veluti, die verschiedensten Darstellungen zur Erklärung des veluti proprietatis causam continere hat Cujacius nach seiner Weise tom. II. der Neap. Ausg. pag. 524. 563. tom. III. pag. 127. tom. VII. pag. 129. 284. Man vergl. auch du Roi im Archiv VI. 2. Seite 302, in der Note, der wohl den §. 3. noch in Berücksichtigung hätte nehmen sollen.

28) 9te Aufl. S. 169.

im Personenrechte vor, und ist nach dieser ganzen Darstellung, um auf den Besitz, d. i. auf eine Abstraction späterer Zeit, wie Savigny selbst den Besitz charakterisirend nennt, angewendet. Der usus hatte insonderheit den Zweck Rechtsformen unnöthig zu machen, und dasselbe zu gewähren, was nur Rechtsförmlichkeiten außerdem gewähren konnten: in dieser Beziehung sollte er übrigens so umfassend wirken, als wäre vom wahren Eigenthümer die mancipatio oder cessio in jure erfolgt. So mußte ein fortgesetzter Besitz in das Eigenthum übergehen, aber es ist dieses keine unmittelbare Folge des Besitzes, sondern höherer allgemeiner Rechtsansichten [29].

Durch diese Bemerkungen sollte an diesem Orte nur die Ansicht bezeichnet werden, daß der Besitz treu seiner factischen Natur an sich und unmittelbar keine juristischen Folgen habe, wenn auch im Privatrechte nur in Beziehung auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte davon gesprochen werden kann. Mittelbar aber lassen sich, besonders wenn man in der Progression von Mittel zu Mittel fortgeht, mit den Aelteren sehr viele rechtliche Erscheinungen, die mit dem Besitze zusammenhängen, darthun, wobey aber zugegeben werden kann, daß Interdicte und Usucapion in mehrfacher Hinsicht die wichtigsten sind. In dieser Beziehung gewinnt dann auch die Vermuthung, der Besitzer dürfe wohl der Eigenthümer seyn, die nichts anders ist, als unmittelbare Folge der allgemeinen Präsumtion für das Bestehende als rechtlich Bestehendes, ihre theoretische Erklärung als Wirkung des Besitzes [30].

Bey dieser Darstellung entsteht nun als nächste Frage die, was denn die römischen Juristen wohl meinen, wenn

---

29) Dabey kömmt auch in Betracht, daß es streng genommen gar nicht nöthig war, die Darstellung auf die usucapio auszudehnen, weil die usucapio gar nicht Folge eines jeden Besitzes ist, und also die Natur des Besitzes überhaupt rechtlich nicht bestimmen kann.

30) Vergl. Hufeland Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 31. ff.

sie sagen, daß die possessio juris sey. Die Meisten, worunter auch schon Cujacius und Retes in den bey Cuper [31]) angeführten Stellen, glauben, daß dieser Ausdruck von den rechtlichen Folgen herkomme, die der Besitz erzeuge, und in demselben Geiste sagt v. Savigny in §. 5. seines Werkes: „der Besitz ist Recht und factum zugleich“ Der Savignyschen Idee hat sich nun schon Hufeland ausführlicher entgegengesetzt [32]), und soviel, besonders durch die Beziehung auf die L. 19. D. 4, 6.[33]) dargethan, daß die Römer auf die factische Natur des Besitzes als dessen eigentlichen und daher gewöhnlich hervortretenden Zustand sich hauptsächlich gründeten. Diese Idee bestimmt noch genauer Cuper sich auf das *ex jure mutuari* des Papinianus [34]) berufend in den Worten:

> natura possessionis proprie est in facto posita, quidquid autem ex jure ad eam accesserit, hoc veluti alienum mutuatur.

Nachdem nämlich der Besitz als juristische Abstraction den Rechten ähnlich, die richtig deshalb Theophilus als ἀσώματα und als νῷ καταλαμβανόμενα [35]) nicht nur bezeichnet, sondern auch im Einzelnen nachweißt, einmal aufgefaßt war, und sofort

1) in Beziehung auf die Rechtssubjecte und Rechtsobjecte
2) in Beziehung auf Erwerb und Verlust

verarbeitet wurde, konnte es nicht fehlen, daß überall Rechtssätze entweder zur Grundlage genommen wurden, oder daß

31) Eingang in das caput quintum.

32) S. 24. ff. seiner Darstellung der Rechtslehre vom Besitz.

33) L. 49. pr. D. 42, 1. Denique si emptor prius, quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

34) ed. Thibaut pag. 67.

35) ad. §. 1. I. 2, 2. an zwey Stellen.

auch manchmal aus Gründen der Zweckmäßigkeit von der Consequenz aus der reinfactischen Natur abgewichen wurde, und so ist es gekommen, daß die Classiker eine Beimischung aus juristischen Elementen nicht verkennen konnten. Im Gefühle dieser Ansicht habe ich in meinen Grundlinien des römischen Rechts §. 65. des Systems die compossessio, die juris possessio und die ficta possessio, wie mir scheint, sehr richtig für das erkannt, was sie sind, nämlich für Institute, die durch allmählige Beziehung juristischer Begriffe auf den Besitz entstanden sind; aber ich hätte hier auf das reiche Detail der vielen einzelnen Rechtssätze in der Besitzlehre aufmerksam machen sollen, aus welchem sich zeigt, wie die factische Richtung durch juristische Beziehungen modificirt, die Lehre selbst aber mit dem ganzen Rechtssysteme in die innigste Verbindung gebracht ist. Es kann mein Zweck hier nicht seyn, diesen Punct in das Detail zu verfolgen, aber ich führe Beyspielsweise das Auffallendste an:

a) daß die Römer den Besitz auch als factisches Wesen nicht anerkennen, wo eine Rechtsunfähigkeit des Besitzers, oder der besessenen Sache vorliegt. So ist die Negation allgemein in Beziehung auf den sogenannten juristischen Besitz zu verstehen, obgleich das *civiliter* non possidere oder possideri gebraucht wird [36].

b) Daß die Römer dagegen eine Besitzerwerbung, so wie eine Rechtserwerbung durch den servus annehmen [37].

c) Daß juristische Personen durch Repräsentanten Besitz erwerben und haben können [38].

---

36) L. 24. D. 41, 2. L. 38. §. 7. D. 45, 1. L. 7. §. 1. 2. D. 10, 4. Meine Grundlinien S. 159. Note 3. Es soll hier ausgedrückt werden, daß in Rücksicht auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte Alles auf das Civilrecht ankömmt.

37) L. 49. pr. D. 41, 2.

38) v. Savigny S. 278.

d) Daß Pupillen durch die auctoritas ihrer Tutoren sowohl, wie bevormundete Personen überhaupt, welche juristisch einen Willen nicht haben, durch Stellvertretung ihrer Tutoren und Curatoren Besitz erwerben können [39].

e) Daß die Grundsätze vom Besitze der Theile und des Ganzen durchaus nach Rechtsprincipien über das Eigenthum gebildet sind [40]. Wichtig ist auch die accessio possessionis u. s. w.

Es sind dieses nur Beyspiele, und es läuft dieser Punct in das feinste kaum durch Zusammenstellung zu erfassende Detail, doch möchte ich nicht unbedingt auf die Darstellung und Enumeration von Cuper im 6. Capitel seiner ersten dissert. verweisen, weil hier Alles ohne sicheres Criterium zusammengeworfen ist, und nach Savigny's classischer Arbeit ein durch diese an das Licht gewöhntes Auge das Halblicht und Halbdunkel nicht lieben kann.

Das Resultat dieser zusammengedrängten Darstellung ist, daß der Besitz in seiner Entstehung und in seinen Wirkungen ursprünglich und eigentlich durchaus factisch ist, so daß die factische Natur desselben als Hauptrichtungspunct betrachtet werden muß; daß aber bey der Anwendung auf Rechtssubjecte und Rechtsobjecte, bey der Entwickelung der Erwerbung und des Verlustes desselben, endlich in der Darstellung seiner Wirkungen Vieles auf juristische Ansichten gestellt, nach bestimmten Rechtssätzen erklärt, auf ganze Rechtsinstitute bezogen, daß mit einem Worte die ganze Lehre und Natur des Besitzes mit dem Rechte überhaupt und mit einzelnen Rechten insbesondere, jedoch nicht ohne Grenze in die innigste Verbindung getreten ist [41]. Der letzte Punct führt uns unmittelbar zu den Gegenständen des Besitzes.

---

39) v. Savigny S. 209 — 215. S. 278.

40) v. Savigny §. 22.

41) Bey dieser ganzen Darstellung bitte ich sehr, mich mit den in meinen Grundlinien aufgestellten Ansichten nicht widerlegen zu

Zu 2. Besonders hier ist zu unterscheiden das ursprüngliche natürliche Verhältniß und die juristische Fortbildung. Schon der noch überall sichtbare Unterschied der unbeweglichen und beweglichen Sachen, besonders bey den Interdicten läßt uns darauf schließen, daß die Beziehung des Begriffes Besitz auf bewegliche Sachen, wahrscheinlich aus processualischen Gründen erst gemacht ist. Du Roi in einer Abhandlung in diesem Archive [42]) will die ganze Doctrin vom Besitze auf processualische Verhältnisse gründen: allein er geht hier sichtbar zu weit, denn er muß selbst zugeben, daß die eigentlichen Besitzschutzmittel, d. i. diejenigen, welche die Restitution des wirklich verlornen Besitzes bezwecken, ihren selbstständigen Ursprung haben [43]), und daß daher nur die interdicta uti possidetis und utrubi als Mittel angesehen werden können, den Besitzstand während des Processes über das Eigenthum zu reguliren, und dadurch die partes petitoris zu bestimmen. Uebrigens wissen wir hinsichtlich der lis vindiciarum gewiß, daß hier Vieles davon abhing, ob der Gegenstand eine unbewegliche oder bewegliche Sache war [44]), und das Verfahren war natürlicher für bewegliche als für unbewegliche Sachen, weil wegen der praesentia rei hier eine Fiction eintreten mußte: wenn nun der Begriff possidere ursprünglich auch nur auf unbewegliche Sachen ging, so mußte er, um den in-

---

wollen, da ich sichtbar hier ganz an der Hand des Savignyschen Werkes gegangen bin, und da, wo ich abwich, nicht ganz fehlerfrey blieb. Wenn auch in solchen Büchern gelegentlich neue Ansichten aufgestellt werden, wie ich z. B. bey der regula catoniana und bey den modis tollendi obligationes versucht habe, so ist hier doch nicht eigentlich der Ort dazu, und ich bekenne gerne, daß mir zu der Zeit, wo ich die Grundlinien schrieb, die hier vorgetragenen Ansichten über den Besitz nur noch dunkel und ohne inneren Zusammenhang vor Augen waren.

42) VI. 2. S. 264. u. später, besonders 277.

43) Im Archiv S. 272.

44) Unter andern Gajus IV. §. 17. in fine.

terdictis retinendae possessionis eine Stellung zur vindicatio zu geben, auf die beweglichen ausgedehnt werden, jedoch mit Beibehaltung des Unterschiedes, der ohnedies dem Vindicationsritus entsprach. Damit mag auch zusammenhängen, daß von den interdictis recuperandae possessionis fortwährend nur Gebrauch für unbewegliche Sachen gemacht werden konnte [45]).

Indessen entdeckt sich aus der Beziehung der interdicta retinendae possessionis zur vindicatio eine große Wahrheit, der Besitz konnte nach den Principien der Römer niemals juristisch weiter bezogen werden, als soweit an dem bestimmten Rechtsobjecte vindicationes zulässig sind. Wenn daher in den neueren Zeiten behauptet wurde, daß jede Ausübung von Rechten als Besitz aufgefaßt werden könne [46]), so kann dieses abgesehen von dem positiv römischen Princip, ja sogar insofern selbst im Sinne der Römer zugegeben werden, als sie sagen: usus pro possessione est [47]), und also die Römer die Denkbarkeit jener Ausdehnung nicht wiedersprechen: aber wir können nicht vergessen, daß alles Positive nach den zufälligen Bedürfnissen und Ansichten der Menschen seine Grenzen hat, und daß es Pflicht des Bearbeiters positiver Rechte ist, diese Grenzen anzuerkennen, um so mehr, wenn er, wie hier, sieht, daß die Entwickelung eines Instituts innerhalb dieser Grenzen einen ganz festen eigenthümlichen Charakter angenommen hat. Und wer wollte in Beziehung auf die Lehre vom Besitz läugnen, daß er nur auf den usus solcher Rechte, zu deren Geltendmachung vindicatio-

---

45) Bey beweglichen Sachen fällt der Besitz mit etwas ganz anderem und natürlicherem zusammen; nämlich der custodia. (Excepto homine, den man nicht custodiren kann, worauf man aber doch eben der Allgemeinheit wegen den Begriff Besitz anwendet. L. 3. §. 13. D. 41, 2.)

46) Thibaut Pandectensystem §. 290.

47) L. ult. D. 8, 1.

nes gebraucht werden, ausgedehnt worden sey? Es hängt dieses auch sehr natürlich damit zusammen, daß Standes-Familien- und Obligationenrechte ihrer Natur nach so geartet sind, daß Recht und Ausübung in derselben Person zusammenfallen, und daher practisch nicht zu unterscheiden sind. Und wenn auch in der Entwickelung des römischen Rechts hinsichtlich der Obligationen eine Ausübung durch andere statt fand, und zwar in rem dieser andern, also gleichsam animo sibi habendi, so ist doch immer das Abgeleitete, Unselbstständige dieses Verhältnisses theoretisch und practisch so aufrecht erhalten worden, daß das Princip, bey Obligationen solle Recht und Ausübung in derselben Person seyn, dadurch neu anerkannt und bestätigt [48]), und daher die Anwendung der Idee des Besitzes darauf unmöglich gemacht wurde.

Dabey muß ich vorzüglich auf einen Umstand aufmerksam machen, der der inneren Bildungsgeschichte des römischen Rechts angehört: alle Rechtsinstitute mußten ihre Fortbildung nicht sowohl, wie bey uns durch theoretisch-logische Entwickelung, sondern durch die processualisch-practische Richtung des Edicts erhalten, und daher kömmt es, daß der Besitz nicht in der Analogie zu gewissen Rechten und resp. in Beziehung auf deren Ausübung, sondern aus dem Standpuncte der Interdicte zu den Klagen weiter gebildet wurde. Also nahm man nicht nur bey res corporales und bey incorporales Besitz und Interdicte an, soferne zur Geltendmachung des Rechts daran eine vindicatio statt hat, sondern man nahm sogar auch possessio und interdicta bey der universitas bonorum an, soferne zur Geltendmachung des Rechts daran eine vindicatio oder petitio statt hat [49]). Indessen muß man auch hier nicht zu viel construiren wollen, denn

a) an sich findet bey einer universitas rerum Besitz nicht statt, obgleich eine vindicatio darauf geht [50]); und es

48) Die Lehre von der Cession der Foderungsrechte.

49) bonorum possessio — interdictum quorum bonorum.

50) L. 1. §. 3. L. 2. D. 6, 1. Gesterding vom Eigenthume S. 324.

ist hier die Doctrin vom Besitz ihrem Principe treu geblieben, daß ihr Gegenstand nur reine corporalia sind, dergestalt, daß sie von allem, was im Innbegriffe existirt, absieht [51]). Obgleich nun die Theile einer universitas rerum sämmtlich corpora sind, so ist die universitas selbst als Abstraction und resp. Denk- und Sprachcomplex kein corpus [52]), und kann deßhalb nicht besessen werden.

b) Die bonorum possessio hängt mehr formell und nominell, als der Sache nach mit dem Institute des Besitzes zusammen: es ist in Wahrheit, wie immer behauptet worden, ein eigenes Rechtsinstitut; aber der Prätor mußte den Weg wählen, theils um ungehindert durch das alte Recht, theils um durch interdicta Einfluß auf das Erbrecht zu üben. Wie sehr es hier um das Recht und nicht um einen factischen Zustand zu thun war, zeigt am besten die Wendung, die die Sache bald durch fictio erhielt, und die hiernach eingeführte hereditatis petitio possessoria [53]).

Bey diesen Verhältnissen ist das Gebiet des Besitzes den Gegenständen nach im Sinne des römischen Rechts zu bestimmen nicht mehr schwierig. Es bezieht sich also

a) auf alle res corporales, wobey übrigens der Unterschied in bewegliche und unbewegliche Sachen eben so der Erwerbung und dem Verluste nach, als in Beziehung auf Interdicte und Usucapion von Bedeutung ist. Man vergleiche übrigens hierbey die oben sub a vorgetragene Bemerkung [54]).

---

51) Meine Grundlinien §. 56.

52) L. 30. §. 2. D. 41, 3. non item tamen universi gregis ulla est usucapio: sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.

53) Gajus IV. §. 34.

54) Es ist hier der Platz nicht auf eine Detailentwickelung sich einzulassen, da auch von den Theilen körperlicher Sachen Manches zu erwähnen wäre, was aber bey v. Savigny meisterhaft ausgeführt ist.

b) Auf jene res incorporales, in Beziehung auf welche eine actio in rem statt findet, also abgesehen von der hereditas (oben sub b) auf die Servituten, und diesen etwa ähnlichen Rechte. Was aber unter letzteren zu verstehen sey, ist nun näher zu untersuchen. Im römischen Rechte können nur hierher bezogen werden die superficies und das jus in agro vectigali vel emphyteutico: denn bey dem Pfandrecht treten ganz eigene Rücksichten ein. Man kann natürlich nicht läugnen, daß ihm eine eigene actio in rem entspreche (actio quasi serviana), und es ist gar nicht zu zweifeln, daß man sagen könne, das im jure possidendi et distrahendi bestehende Pfandrecht werde gegen jeden Besitzer der Pfandsache, also durch eine actio in rem geltend gemacht; eben so ist gewiß, daß die Pfandklage ihre eigenen Voraussetzungen hat, nämlich die gehörig geschehene Verpfändung, so daß nach Allem diesem die Klage eine Geltendmachung des Pfandrechts selbst, wie die confessoria eine Geltendmachung der Servitut bezweckt: allein in der Wirkung hat die Pfandklage das Meiste mit der Eigenthumsklage gemein. Jene geht nämlich, wie diese auf die Einräumung des Besitzes der Sache, denn der Besitz der Sache ist gerade der Gegenstand des Pfandrechts, und die hiernach folgende Veräußerung ist eigentlich eine Folge des Besitzes, eine gesetzlich begründete Selbsthülfe. In dieser Beziehung kömmt also nicht ein Recht an der Sache, sondern die Sache selbst in Betracht, und der Pfandgläubiger, insofern er sein Recht ausübt, sucht oder hat den Besitz der Sache selbst, und so coincidirt hier die possessio juris und rei oder vielmehr es ist eine possessio juris durchaus unnöthig, und daher auch nicht vorhanden. Hiernach gewinnt auch dasjenige seine Erledigung, was auf dem Grunde einer Darstellung von du Roi in diesem Archive neuerlich in demselben Archive Zimmern ausgeführt hat, der mir mit einem nicht logisch sicher genug angebrachten folglich alle Grenzen übersprungen zu haben scheint [55]). Er glaubt nämlich, daß, weil die

55) Archiv VII. 3. S. 315.

Pfandklage auf den Besitz der körperlichen Sache gehe, sie wirklich die Eigenthumsklage sey, die jedoch der Pfandgläubiger auf den Namen gleichsam des Eigenthümers gebrauche, weil ja gesagt sey, daß die Veräußerung in Folge des Pfandrechts so zu betrachten sey, als wäre sie vom Eigenthümer geschehen, weshalb auch diesen die aus der Veräußerung gewöhnlich entspringenden Haftungen treffen. Der Pfandgläubiger repräsentire also nur den Eigenthümer, und habe deshalb nur die dem bestohlenen Eigenthümer zustehende condictio furtiva, und auch in dieser Richtung nur die possessorischen Interdicte. Deshalb sey das Pfandrecht nichts anders als eine Eigenthumsausübung in rem suam, eine Cession der Vindication, — kein dingliches Recht. Wäre nun diese Deduction streng logisch ausgefallen, so müßte es heißen, kein selbstständiges Recht. Allein jetzt müßte unser Gegner laut protestiren, denn nun hätte er nicht mehr einzelne leges, die sich wenden lassen, nun hätte er das ganze corpus juris und alle Classiker gegen sich. In Wahrheit, es ist ja bey der Behandlung positiver Rechte nicht davon die Rede, wie man sich ein Rechtsinstitut denken könne, sondern wie man sich es gedacht habe: und wer müßte sich nicht mit dem einzigen §. 7. J. 4, 6. von der vollkommenen Ausbildung des Pfandrechts als dinglichen selbstständigen Rechts in unserem Sinne überzeugen? Die actio quasi serviana hat, wie hieher wiederholt wird, in dem Erfolg mit der Eigenthumsklage die Hauptrücksicht gemein, aber schon nicht Nebenpuncte z. B. die omnis causa rei, denn diese geht den Pfandgläubiger nichts an: und demnach erscheint schon hier eine Selbstständigkeit des Rechts; aber noch bey weitem mehr tritt diese in den Voraussetzungen der Klage, d. i. in dem Fundamente hervor. Es ist von keiner Cession der Vindication die Rede — nirgends ist in unseren Quellen eine Spur dieser Ansicht; ja sie ist schon ebendeshalb falsch, weil der Pfandgläubiger es nur mit der Sache, wie sie ist, nicht mit der causa rei, die nicht mehr bey der Sache ist, zu thun

hat: es ist folglich auch keine Eigenthumsausübung: es ist nicht die condictio furtiva, so wie sie der Eigenthümer anstellen kann, welche durch eine Interpretation der Juristen auch dem Pfandgläubiger erstreckungsweise gestattet ist, denn es heißt

L. 12. §. 2. D. 13, 1.

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, *incerti* condictionem acturum, si ea subrepta est.

Das „incerti" bezieht sich nämlich auf den Besitz, der dem Pfandgläubiger gestohlen ist, indem ihm die Sache gestohlen wurde [56]. Es kömmt ja bey dem römischen Condictionensysteme auf die causa und die hiernach vorgenommene Beziehung nichts an, und es ist daher in jener Stelle nichts anderes gesagt, als der Pfandgläubiger könne condiciren, was er verloren habe, d. i. den Besitz, und natürlich nicht mehr. Nach Zimmern müßte er aber die Sache ihrem Eigenthume nach, und also auch die aestimatio darnach condiciren können, was als falsch in dem »incerti« ausgedrückt ist. Was endlich die possessorischen Interdicte betrifft, so hat noch Niemand behauptet, daß hier der Pfandgläubiger unselbstständig sey, und wenn v. Savigny den Ausdruck abgeleiteter Besitz gebraucht hat, so hat er gewiß sich nicht vorgestellt, daß es zu solchen Consequenzen kommen werde. Der Pfandgläubiger hat Besitz und folglich Interdicte selbst gegen den Eigenthümer, das sicherste Zeichen, daß er sein Interdict nicht vom Eigenthümer ableitet [57].

---

56) cf. L. 1. 2. D. 13, 3. L. 75. §. 3, 10. D. 45, 1.

57) Daß der Verpfänder für das Eigenthum der verpfändeten Sache stehen muß (Eviction prästiren) zeigt ja eben, daß er nicht vindicationem cedirt hat, daß er für Fehler haften muß ɀc. ist natürlich, da er ja auch das superfluum des Kaufpreises bekömmt. Wenn man daher etwas Procuratorisches annehmen wollte, so könnte es sich höchstens auf die Veräußerung selbst beziehen; aber so wenig auf das jus distrahendi, als auf das jus possidendi.

Daß ein nomen verpfändet werden kann, nimmt dem Pfandrechte so wenig seine Dinglichkeit, als dieses bey'm ususfructus der Fall ist.

Es ist endlich ganz gegen das Interesse und gegen die Tendenz des Pfandgläubigers, das Eigenthum auszuüben, denn er hat es nur mit dem Besitz, aber mit allen anderen Ausflüssen des Eigenthumes nicht zu thun, und der Eigenthümer hat auch nichts weniger, als seine Klage cedirt, er kann ja die Sache bey'm Bestehen des Pfandrechts veräußern und das Eigenthum übertragen. Hier übt er sein Eigenthum höchst unbeschränkt selbst aus, und der Pfandgläubiger sieht ruhig zu, weil er ein selbstständiges dingliches Recht hat. Doch schon habe ich hier die Grenze überschritten.

Was zuletzt die Superficies und Emphytheusis betrifft, so ist es mein Zweck nicht, hier die Natur dieser Rechtsinstitute ergründen zu wollen: ich bemerke nur, daß sie gewöhnlich als jura in re (aliena) angesehen, und als den Servituten ähnlich charakterisirt werden. Doch galten sie nicht selten auch als dem Eigenthume ähnliche Institute, und unsere Quellen verschaffen uns nicht vollkommene Befriedigung. Bey der Emphytheusis wird wie bey dem Pfandrechte ein Besitz des Berechtigten an der Sache selbst angenommen: bey der Superficies nehmen die Meisten einen Besitz an dem Rechte, wie bey den Servituten an.

Aus Allem geht hervor, daß die Römer den Besitz an unkörperlichen Sachen nur bey den Servituten zu behandeln hatten, und in dieser Richtung finden wir ihn auch in den Quellen des römischen Rechts.

§. 3.

Von der Quasipossessio im allgemeinen.

Nach römischem Rechte sind es drey Beziehungen, unter welchen die quasipossessio erscheinen kann.

a) Die eigentlichen Servituten, (jura praediorum).

b) Der ususfructus, denn er kann wohl die Personalser-

vitut κατ' ἐξοχην genannt werden, weil die andern, die noch aufgeführt zu werden pflegen, in ihm enthalten sind.

c) Die superficies, insofern sie als prätorische Servitut angesehen werden mag.

Bey den eigentlichen Servituten ist der Satz der L. 14. D. de Servitutt. wichtig:

Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt.

Es ist nämlich hier in Beziehung auf die sogen. Rusticalservituten etwas ausgedrückt, was eigentlich für alle dinglichen Rechte gilt, das accedere corporibus: nicht alle sind zwar qualitates corporibus impositae, aber das accedere corporibus halte ich für wesentlich. Hiervon werde ich weiter unten für die deutschen Realrechte Gebrauch machen. Es ist jedoch schon jetzt ein bestimmter Sinn für das accedere corporibus zu finden. Bey den sogen. Urbanalservituten ist nicht immer in der Art von einem accedere corpori die Rede, daß eine positive Einwirkung auf das corpus statt fände, vielmehr besteht das Recht oft in einem blos durch Nichtthun sich äußernden rein intellectuellen Verhältnisse, wo also in jenem Sinne von einem corpori accedere gar nicht die Rede seyn kann, wo dann aber auch das incorporale um so bestimmter hervortritt: auf der anderen Seite aber kann das corpori accedere in einer weiteren Bedeutung aufgefaßt werden, wo es die Beziehung auf eine körperliche Sache als die Grundlage des dinglichen Rechts, welches sich nur da denken läßt, woran Eigenthum möglich ist, ausdrückt. Dem sey übrigens, wie ihm wolle: von unkörperlichen Sachen gilt als Consequenz:

nec traditionem, nec usucapionem (folglich auch nec possessionem) recipiunt [58].

Für die ältesten Rusticalservituten war nun freylich sehr früh-

58) L. 43, §. 1. D. 41, 1.

zeitig dieser Gedanke — eine allerdings richtige logische Consequenz — juristisch nicht anerkannt; denn es fand für sie mancipatio statt [59]); und daß in der mancipatio traditio liegt, ist so gewiß, als für die cessio in jure das Gegentheil [60]). Bey dieser Lage der Dinge war in der Folge der Zeit, wo die possessio als eine doctrinell ausgebildete Erscheinung hervor trat, die Anwendung derselben auf solche res incorporales nicht schwierig, weil schon eine ähnliche Ansicht längst in den Formen des Civilrechts niedergelegt war [61]).

Daher ist es auch sehr wahrscheinlich, daß für die ältesten Rusticalservituten durch Interpretation usucapio statt fand, um so mehr als der usus nach seinem Ursprunge betrachtet nur die Ergänzung der Formen ist, und als die libertas rei, für welche die usucapio anerkanntermaßen statt fand [62]), immerhin ein Correlatding zur servitus ist. Freylich möchte ich immer die libertas nur als ein naturale rei vel dominii ansehen, also nicht als ein eigenes Recht; daher nicht sprechen von einer quasipossessio libertatis, sondern von einer in Beziehung auf den gewöhnlichen, natürlichen Zustand

59) Gajus II. §. 29.

60) Dies würde schon die angeführte Stelle von Gajus bewähren, aber darauf führt auch die adjudicatio, die die größte Aehnlichkeit mit der cessio in jure als addictio hat §. ult. Inst. de officio jud.; — darauf führt die Formel des Prätors: Mittite ambo rem, darauf führt die Ansicht von der auctoritas magistratus in der Analogie zu der lex, die das Recht gibt, so daß traditio und mancipatio nur vorkommen, wo der freye Wille des Ueberlassenden und Annehmenden bestimmend sind, und so vieles Andere. Dieses nur gegen Zimmern, im Archiv VII. S. 319, der übrigens auch die Auctorität der älteren Schriftsteller gegen sich hat, z. B. Cujacius ed. Neap. V. pag. 693.

61) Wahrscheinlich kam man von dem tradere, das zum Zwecke des publicianischen Rechtsverhältnisses angenommen wurde (davon §. 4. a. E.) auf die Ausbildung der Lehre von der quasipossessio.

62) L. 4. §. 29. D. 41, 3.

qualificirten possessio rei selbst, weshalb auch nirgends von besonderen Interdicten zum Schutze der libertas die Rede ist: allein die libertas hat doch das mit der servitus gemein, daß sie in Beziehung auf eine körperliche Sache juristisch als Theil derselben aufgefaßt wird, und hiernach berechtigt sie zur Annahme der Analogie. Uebrigens ist auf der anderen Seite wieder nicht zu verkennen, daß die libertas wegen der Einheit der Person des Berechtigten so wenig reell vom Eigenthum getrennt werden kann, als der dem Eigenthümer gebührende ususfructus: während bey den Servituten eben wegen der Mehrheit der Berechtigten die juristische Verschiedenheit der Theile an der Sache hervortritt, und damit Rechte neben dem Eigenthum. Da bey dem Miteigenthum keine Verschiedenheit der Personen juristisch statt hat, obgleich eine Mehrheit, weil nur der Wille Aller entscheidet, und der Widerspruch des Einen Alles beym Alten läßt, so liegt auch hierin der wesentliche Unterschied der Rechte der Miteigenthümer zu den Rechten des Eigenthümers und Servitutberechtigten; hierin das Verhältniß, daß die Miteigenthümer nur in einer quantitativen Beziehung zueinander stehen [63], so daß aus der Betrachtung dieser Gegensätze vieles klarer werden muß, z. B. warum der Eigenthümer und Usufructuar zusammen keine Servitut der Sache auflegen können [64]: ihr Verhältniß ist nämlich so dem Miteigenthume entgegengesetzt, daß ein consensus nicht denkbar ist.

Um nun auf das Verhältniß des Besitzes bey den Servituten zurückzukehren, so ist nach dem obigen die Beziehung desselben auf die Rusticalservituten historisch einfach, obgleich bey der Durchführung der juristischen Abstraction vom Besitz wieder die Schwierigkeiten eintreten, die jedes unnatürliche Verhältniß darbietet. Es heißt deshalb im Verlaufe der oben angeführten Stelle:

---

63) Meine Grundlinien §. 79. Note 1.

64) L. 15. in fine D. 7, 1.

et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam, continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.

Also fehlt es hier hauptsächlich an dem Continuirlichen des Besitzes. Aber das continuum ist überhaupt auf diesem Erdenrunde etwas Relatives, am besten tritt es in Hinsicht auf den Besitz bey beweglichen Sachen hervor wegen der hier möglichen custodia: bey unbeweglichen Sachen zieht sich schon das Continuirliche mehr in den Hintergrund; der Besitzer kann weder selbst immer bey seinem Grundstücke und in der Einwirkung auf dasselbe befangen seyn, noch auch durch andere sich in dieser Art vertreten lassen, und daher wird hier gesagt, daß animo der Besitz erhalten werde [65]; daher mußte auch consequent der Satz aufgestellt werden, daß wir den Besitz eines Grundstückes, den ein anderer ergriffen hat, so lange nicht verlieren, als wir dieses nicht wissen [66]. Bey dieser Richtung kann man nun auch in Beziehung auf das Continuirliche der Ausübung der Wegservituten mildere Ansichten aufstellen, denn die Wegservituten enthalten immerhin nichts anderes, als eine Benützung der Grundstücke.

Bey den Urbanalservituten macht die Sache von dem Standpuncte der Continuität der Ausübung noch bey weitem weniger Schwierigkeit. Dieselben haben entweder eine dauernde Anstalt, wodurch die Servitut ausgeübt wird, und dann ist hier eine sichtbar bestehende Continuität, oder es sind negative Servitute, wo in dem Nichtthun eine unsichtbar bestehende Continuität liegt [67].

---

65) L. 3. §. 11. und coll. §. 13. D. 41, 2. Cujacius tom. V. pag. 713. 714. coll. 715. cf. et. Pauli lib. 5. Sect. tit. 2.

66) L. 46. D. 41, 2. Cujac. l. c. pag. 713.

67) Es kömmt hier nichts auf das logisch Consequentere der Darstellung an, sonst müßte man, um vollständig zu seyn, strenger auf

Bey dem ususfructus gewinnt die Anwendung des Besitzverhältnisses auf das Recht dadurch eine große Einfachheit, daß der ususfructus in der Ausübung, der Ausübung des Eigenthums so nahe kommt, daß die Detention der Sache sogar nöthiger, wie bey'm Eigenthümer ist, und daher von diesem natürlichen Besitzverhältnisse auf das juristisch Gebildete am Rechte überall geschlossen werden kann.

Bey den Servituten, den ususfructus eingeschlossen, welche sich positiv äußern, schwinden zuletzt alle Schwierigkeiten in dem Satze: usus pro possessione est [68]). Auf diesen Gedanken gestützt war es leicht den Sprachgebrauch zu bilden: jus fundi possidere — servitutem possidere [69]). So ging es an den diuturnus usus, an die longi temporis consuetudo, an die longa juris (oder quasi) possessio [70]). Bey den Servituten, welche sich negativ äußern, ist die Sache nicht etwa bedenklicher, wie es scheinen möchte, denn da wir einmal im Gebiete reiner Begriffswesen sind, so gehört nur einige Gewandtheit in der Abstraction dazu, sich die Art der Ausübung in der Allgemeinheit zur Vorstellung zu bringen, um darnach den Begriff Besitz lebendig zu machen. Nun muß man aber freylich hier nicht immer sehen und fühlen wollen, es ist hier von einem Tradiren der Geisterwelt die Rede, welches in der Bedeutung gewöhnlicher menschlicher Beziehungen kein Tradiren ist, aber juristisch ebenso für ein Tradiren gilt, wie der usus juris für die possessio juris. Daher ist es unbelohnend, in gewöhnlicher Weise darum zu kämpfen, ob zur Erwerbung der Servituten auf dem derivativen Wege der freywilligen Verleihung Tradition gehöre oder nicht: denn

---

das Verhältniß aller Servituten als positive durch Handlungen und Vorrichtungen und als negative Rücksicht nehmen, wie v. Savigny gethan hat.

68) L. ult. D. 8, 1.

69) L. ult. D. 43, 19. und andere Stellen.

70) L. 10. pr. D. 8, 5. L. 1. 2. Cod. 3, 34.

man kann im Geiste des römischen Rechtssystems unbedenklich mit Ja antworten, und von vorneshinein nur auf die Möglichkeit sich stützen, die dadurch erwiesen ist, daß für alle Servitute eine possessio angenommen ist. Bey der weiteren Deduction aber zum Beweise der Wirklichkeit muß man sich freylich eben so sehr auf die einzelnen Servituten, als auf die einzelnen Fragmente in unseren Quellen einlassen, dabey aber nie vergessen, daß die Traditionsweise hier nicht weniger verschieden und manichfaltig ist, als bey den körperlichen Sachen, wo uns v. Savigny so treffend belehrt, und die Verschiedenheiten der Apprehension unter das Princip gebracht hat. Warum sollte es bey den Servituten keine traditio solo animo geben, da, wo nichts anderes zu geschehen hat, weil nichts anderes geschehen kann? Warum soll nicht jede besondere Versicherung zum Zwecke der Ausübung des Rechts für den Berechtigten ein Zeichen der Tradition seyn? Und so wären die bekannten promissorischen Cautionen aufzufassen [71]. — Uebrigens versteht sich von selbst, daß da, wo sich die Ausübung durch besondere Handlungen oder Vorrichtungen darstellt, die Apprehension recht reell in der Vornahme der Handlung und Herstellung der Einrichtung zu bewirken ist. Dabey muß man die Fragmente weniger torquiren, als bedenken, daß bey so feinen Verhältnissen die Sprache des Lebens nicht immer die Sprache der mit ängstiger Bestimmtheit umherschauenden Philosophie seyn kann. Doch hievon deshalb nur so höchst allgemein, weil diese wichtige Rechtsfrage hier ex professo nicht abgehandelt werden kann und soll.

Wenn oben noch der superficies erwähnt ist, so braucht, soferne man zugibt, daß sie ein jus in re, wie die Servitut constituirt, nur mit Savigny angenommen zu werden, daß der Besitz des superficiarischen Rechts mit dem Besitz des ususfructus die größte Aehnlichkeit habe, indem jener, wie dieser von dem natürlichen Besitz der Sache selbst abhänge [72],

71) L. 20. D. 8, 1. L. 3. §. 2. D. 19, 1.
72) S. 473.

um diesen Punct einfach erledigt zu haben. Freylich sind noch nicht alle Stimmen für eine solche juristische Natur der superficies, und es ist erst von du Roi [73]) sowohl über die superficies als emphyteusis aus dem Standpuncte der Klagen viel Eigenthümliches gesagt; allein die oben angegebene Ansicht hat die Consequenz des römischen Rechts für sich, indem es höchst unnatürlich ist, zweyen Personen ohne Miteigenthum Eigenthumsansprüche auf dieselbe Sache zu geben, — nicht weniger ist der Sprachgebrauch dafür [74]) — eben so die Vorstellung, daß, wenn bey diesen Rechten neben dem vollkommenen Genuß des Objects auch das jus distrahendi vorkömmt, dieses letztere Recht ja auch bey'm Pfandrechte statt findet. Man täuscht sich dabey lediglich dadurch:

a) Daß bey der emphyteusis die Klage auf den Besitz der körperlichen Sache, ja sogar auf die Herausgabe der Früchte gehen kann. Aber es geht ja auch die Pfandklage auf den Besitz der körperlichen Sache, und die Früchte können verlangt werden, weil der emphyteuta schon durch die Separation das Eigenthum derselben erwirbt.

b) Daß bey der superficies auf die Einräumung des Gebäudes geklagt wird; aber dahin geht ja auch die Klage bey dem ususfructus aedium.

Hier zeigt sich übrigens der Unterschied zwischen der emphyteusis und zwischen der superficies hinsichtlich der Besitzverhältnisse. Es läßt sich aber recht gut erklären, warum bey der emphyteusis ein eigentlicher Besitz, bey der superficies dagegen eine possessio juris anzunehmen ist [75]). Bey der emphy-

73) Im Archiv VI. S. 386. ff.

74) Hieher nur superficies cedit solo L. 2. D. 43, 18. jus praedii L. 3. §. 4. D. 27, 9. quamvis non efficiantur domini L. 1. D. 6, 3. Die beyden letzteren Stellen sprechen von dem ganz gleichen emphyt. Rechte.

75) Die practische Bestätigung dieser Annahme findet sich am besten in den Interdicten.

teusis ist keine juristische Unterscheidung zweyer Objecte, wie bey der superficies in dem ausdrücklichen Unterschiede des solum von der superficies; die superficies nämlich ist ein Aggregat von Materialien (daher universitas aedium [76]), das deshalb nicht mehr selbstständig betrachtet werden kann, weil es vom Grund und Boden als seinem Fundamente abhängig ist, obgleich es als ein solches Aggregat wohl unterschieden werden kann [77]). Bey der superficies bleibt also das solum insoferne seinem Eigenthümer auch dem Besitze nach, als der Superficiar gerade durch die Errichtung eines Gebäudes darauf den Besitz für ihn ausübt. Diese Masse ist übrigens juristisch ganz gleich mit dem Boden zu beurtheilen, so lange sie mit ihm zusammenhängt, und so verliert der Erbauer den Besitz an den Materialien, und besitzt sein Haus nach der Verbindung mit dem Boden nomine alterius, und so kann für ihn nichts als die possessio juris übrig bleiben.

Wenn auch zu einer solchen Darstellung noch historische Verhältnisse, die im Dunkel liegen, eigentlich hervorgezogen werden müßten, so ist doch schwerlich zu läugnen, daß keine Abstraction, wie die ebenangegebene, die römischen Juristen geleitet hat.

§. 4.

Von den Interdicten in Bezug aufl jura in re.

Ob die Interdicte, die wir im 43sten Buche der Pandecten in Hinsicht auf die jura in re finden [78]), Beziehung auf die Annahme der quasipossessio hatten, kann gefragt werden. Die quasipossessio gehört der Zeit der wissenschaftlich

---

76) L. 7. §. 11. D. 41, 1. L. 23. D. 41, 3.

77) Juristisch wird es ja ausdrücklich unterschieden für den Fall des Zusammensturzes und Abbruches; Gesterding, vom Eigenthume S. 449.

78) Tit. 18 — 23.

verarbeitenden Jurisprudenz an; die Interdicte sind Resultate der prätorischen Praxis. In der Zeit, wo die Interdicte sich im Edicte bildeten, war es nicht um Abstractionen und Begriffe zu thun; sondern man dachte nur an das Handeln. Dazu kömmt, daß man in der alten Welt von polizeilichen Magistraturen, und von einer polizeilichen Wirksamkeit, wie wir diese haben, nichts wußte; jeder höhere magistratus hatte sein imperium und übte es, soweit er nicht an bestimmte Instructionen gebunden war, nach dem Grundsatze: rei publicae salus suprema lex sit. Der Prätor war nun freylich an noch etwas Anderes gebunden; nämlich er war da für die Erhaltung der Rechte Einzelner durch seine jurisdictio. Diese setzt in der Regel eine genaue Untersuchung aller auf die Sache sich beziehenden Umstände, die sorgfältige Vernehmung der Partheyen, und einen Ausspruch voraus, der hierauf gebaut ist. Allein in jeder Staatsverwaltung kann in einzelnen Fällen eine solche Untersuchung nicht nöthig seyn; auch kann bey solchen Umständlichkeiten in einzelnen Fällen der Zweck der Rechtserhaltung, und damit der Zweck der Staatsordnung gerade verfehlt werden, und daher erklärt sich leicht, daß der Prätor nicht selten gleich vornehinein auctoritatem interponiren und Beschlüsse (decreta) erlassen und vollziehen mußte. Es ist übrigens hier ebenfalls jurisdictio vorhanden, und so ist auch nur die Sache gemeint, wenn man hier von einem mixtum imperium spricht; daß aber gerade diese Jurisdictionsfälle sorgsam im Edicte aufgestellt wurden, läßt sich gerne einsehen, und es fragt sich nur, welche Idee den Prätor dabey leitete? Hier wage ich ganz bestimmt auszusprechen, das öffentliche Interesse, welches bald mehr bald weniger unmittelbar in Betracht kam. Bey den rebus religiosis, sacris et publicis tritt es sehr unmittelbar hervor, und es wird hier ganz bestimmt gesagt, publicae utilitatis causa competit interdictum [79]: obgleich

79) L. 2. §. 1. D. 43, 1. und andere Stellen. —

nicht zu läugnen ist, daß ein privatrechtliches Interesse gerade die Anregung geben muß:

sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent [80]).

Dabey ist für unseren Zweck wichtig, daß zu den res publicae, für deren Schutz Interdicte gegeben waren, vorzüglich viae publicae und flumina publica gehörten. Mittelbarer schon in Beziehung auf die utilitas publica, aber doch so gewiß damit zusammenhängend, als das ganze Personenrecht wenigstens von der Zeit an, wo die strenge Privatfamiliengewalt sich auflößte, dem jus publicum näher trat, sind die interdicta de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis, de liberto exhibendo. Paulus sagt ausdrücklich vom ersteren dieser Interdicte officii tuendi causa competit im Gegensatze des sui juris tuendi causa, und das öffentliche Interesse ist auch dadurch angezeigt, indem Ulpian sagt:

hoc interdictum omnibus competit, nemo enim prohibendus est, libertati favere.

L. 3. §. 9. D. 43, 29.

Wie sehr die vis gegen das öffentliche Interesse sey, und die augenblickliche Zurückweisung derselben für das öffentliche Interesse braucht gewiß nicht ausgeführt zu werden: daher die interdicta de vi et vi armata [81]). Daß nun dieser Punct, da der Prätor nur Privatrechte zu schützen hat, hauptsächlich auf die res familiaris, auf die rei persecutio, auf die proprietatis causa, und auf die possessionis causa bezogen wurde, läßt sich einsehen. Hier ist aber natürlich von der eigentlichen possessio die Rede. — Auf diese Weise hat auch das Interdict quod vi aut clam seinen Standpunct.

Wenn durch das Bedürfniß und durch die gewiß sehr fühlbare Wohlthat angeregt, die Interdictsformulae zahlreicher

---

80) L. 2. §. 2. D. eod.

81) D. 43, 16.

wurden, wer mag hierin etwas Singuläres finden? Soviel übrigens hier im Dunkel der Geschichte liegt, indem die Detailgeschichte des Edicts wahrscheinlich von den Römern selbst so wenig erhalten wurde, als wir die Geschichte temporärer Verfügungen bewahren: so können wir doch aus dem, was uns in den Pandecten übrig geblieben, über die Bedeutung der interdicta de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte, de cloacis, nicht verlegen seyn, denn wenn auch nicht bey allen das öffentliche Interesse so hervortritt, wie bey den cloacis, nicht bey allen die Ausdehnung von den res publicae auf die res privatae derselben Art so hervorgehoben ist [82]), wie bey den cloacis, so ist doch kaum auch bey den Privatweg- und Wasserrechten das publicistische Verhältniß des Verkehrs, welches freylich im Großen nur bey den öffentlichen Wegen und Flüssen erscheint, zu verkennen. Und wer wollte nicht auf diese Weise, in diesem Zusammenhange die erste Aufstellung jener Interdicte als wahrscheinlich annehmen? Ich will hier nicht des gelehrten Schmuckes wegen auf den formellen Zusammenhang im Edicte nach den Restitutionen Gothofred's, Haubold's oder v. Weyhe's [83]) verweisen, sondern mich nur darauf beziehen, daß bey diesen Interdicten es wirklich nicht das reinfactische Verhältniß des Besitzes war, welches augenblicklich

---

82) L. 1. pr. — §. 3. D. 43, 23.

83) Warum v. Weyhe das interdictum de cloacis der klaren Richtung der L. 1. pr. und §. 8. D. h. t. entgegen nicht zu den Interdicten zum Schutze eines dinglichen Rechts stellt, kann ich mir nur daher erklären, weil hier so viel von der salubritas civitatis und publica cura die Rede ist. Auch Donellus sagt: Praesens hoc auxilium praetoris utilitas publica exegit in cloacis, aber er erkennt doch den Standpunct des Privatrechts, auf welchem das interdictum geboten wird, an. Uebrigens ist es gerade Donellus, der in Beziehung auch auf die Weg- und Wasserservituten sagt: necessarius reipublicae servitutis usus etc. Comment. lib. XV. cap. 23.

geschützt werden sollte, sondern das Recht selbst, wie bey den interdictis de rebus publicis, denn dieses geht hervor

a) aus den Commentationen zum Edict

L. 2. §. 2. D. 41, 3. Paulus ad lib. 63. ad edict. quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato: nam proprietatis causam continet hoc interdictum [84]),

und in demselben §. ist noch ausdrücklich die possessionis causa der proprietatis causa entgegengesetzt.

Freylich wurde eben des öffentlichen Interesses wegen die Nachweisung der in der gehörigen Form erworbenen Rechte umgangen, und nur auf den usus innerhalb einer bestimmten Zeit gesehen; aber schon der Umstand, daß eine gewisse Zeit des usus vorgeschrieben ist, zeigt, daß nicht das reine Besitzverhältniß, wie bey körperlichen Sachen hier entscheidet [85]).

b) Aus den vielen den reinfactischen Verhältnissen der possessio widerstrebenden juristischen Sätzen, die bey der Anwendung dieser Interdicte vorkommen, z. B. in L. 1. §. ult. und L. 2. D. 43, 19.

Si quis supradicto tempore anni non vi, non clam, non precario itinere usus sit: verum postea non sit usus, sed [86]) clam precariove, videndum est, an noceat, et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum.

Nec enim corrumpi, aut mutari quod recte transactum est, supraveniente delicto potest.

---

84) Die Beschränkung dieser Stelle auf das interd. de itinere *reficiendo*, wie Savigny S. 463. Note 2. sie erklären will, hat schon das gegen sich, daß von einer ganzen Klasse (quaedam) die Rede ist: wie auch die Tendenz der Stelle zu classificiren beweist.

85) Das Argument in L. 1. §. 2. D. in fine D. 43, 19. ist nicht schlüssig, denn wenn nun ein häufiger usus in kürzerer Zeit nachgewiesen werden könnte, wie dann?

86) soviel wie vel.

c) Aus den wenigstens durch die Interpretation, wenn auch nur ausnahmsweise auf das Vorhandenseyn und Nachweisen des juris selbst hingehenden Stellen,

L. 3. §. 11. 12. 13. D. eod.

Hieraus muß dann auch jedenfalls folgen, daß diese interdicta nichts weniger als Anwendungen des interdicti uti possidetis auf Servituten sind. Es ist aber auch von Niemanden noch eine Behauptung der Art, als wären die Interdicte des 19ten — 23ten Titels im 43ten Buche Entwickelungen des interdicti uti possidetis, oder auch nur diesem ähnlich, aufgestellt worden, denn die Eigenthümlichkeiten jener Interdicte liegen zu offen vor. Dagegen schwebt unter zweyen der berühmtesten Lehrern des römischen Rechts in unseren Tagen darüber ein Streit, ob bey der nunmehr anzunehmenden vollkommenen Ausbildung der quasipossessio neben jenen singulären Interdicten das allgemein possessorische Interdict uti possidetis statt finde, oder nicht? v. Savigny läugnet dieses,

a) weil die unbedeutenden Servituten dieser Art im Verhältniß zu den ältesten und wichtigsten begünstigt seyn würden. Er begegnet dabey auch gleich denjenigen, die etwa eine analoge Anwendung dieser für die älteren Servituten bestimmten Interdicte auf die später gebildeten zulassen möchten, denn die positiven Bedingungen jener besonderen Interdicte seyen zu verschiedenartig;

b) weil gerade der besonderen Natur dieser Servituten wegen, welche in intermittirenden Handlungen bestehen, die allgemeinen Interdicte nicht anwendbar geschienen hätten. Bey den Wegservituten habe man 30 Tage, bey den Wasserservituten irgend eine Ausübung im letzten Jahr angenommen; hiermit wären die wichtigeren Fälle abgethan, und für die weniger wichtigen hätte man sich mit der petitorischen Klage begnügen müssen [87]).

---

87) 4te Ausgabe S. 456. 457. in der Note 2.

Thibaut hat für die bejahende Meinung folgende Argumente:

a) Die Realservituten, als ewig dauernde Institute, wären von größerer Bedeutung als bloße Personalservituten, (wofür ich beysetzen möchte, daß ja der Gegenstand einer Realservitut in der Form einer Personalservitut eben so gewährt werden konnte, wie auch ohne alle Servitut obligationenweise ein solches Recht einzuräumen war, wo dann in Beziehung auf die Realservitut gegen beyde Fälle natürlich der größere Werth von der Dauer abhängen mußte). Nun fände zum Schutze der Personalservituten das interdictum uti possidetis statt, warum sollte es für die Realservituten ausgeschlossen seyn? Dabey ist es denn besonders darum zu thun, daß, wie v. Savigny zugestehen muß, für einige Realservituten gar keine Interdicte statt finden würden.

b) Es sey zwar von den römischen Juristen gesagt, daß bey einer Weggerechtigkeit als unkörperlichen Sache Besitz und folgeweise Dejectio nicht angenommen werden könne[88], worin man sich besonders gründe, um das interdictum de vi bey den Realservituten unanwendbar zu machen, und wo man denn auch noch weiter gehen könne; allein es sey eine bekannte Sache, daß die römischen Juristen manchmal die Consequenz des Rechts hervorhöben, wo sie zur Nachweisung einer Ansicht dieser bedürften, andererseits aber eben so vernehmlich wieder die Ausdehnung und das Mildere der Erweiterung der Rechtsansichten in den Vorgrund stellten. In der letzteren Beziehung heiße es eben so allgemein[89]: ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

c) Der oft angeführte Satz endlich, daß das Edict für einzelne affirmative Realservituten keine besonderen Interdicte würde gestattet haben, wenn schon vermöge der Regel für alle der Interdictproceß zulässig gewesen sey, wolle um so we-

88) L. 4. §. 27. D. 41, 3.

89) L. 20. D. 8, 1.

niger sagen, als es gerade im Wesen des Edicts liege, für einzelne Beziehungen Sätze zu geben, so wie der practische Zufall darauf geführt habe, und die weitere Anwendung derselben natürlicherweise nicht abzuschneiden[90]).

Es ist bald zu erkennen, daß die von mir gewagte Conjectur Einfluß habe auf diese Controverse. Waren nämlich die oft genannten Interdicte nicht rein possessorisch, obgleich der Beweis des Rechts bis auf einen Fall nicht verlangt, sondern nur eine Bescheinigung in einem eine bestimmte Zeit über fehlerfrey gepflogenen Gebrauche gegeben werden sollte; so möchte nicht zu läugnen seyn, daß bey der später hauptsächlich durch die Rechtsgelehrten bewirkten Feststellung der quasipossessio es in dem Geiste dieser Fortbildung des Besitzes war, possessorische Interdicte für alle Servituten ohne Rücksicht darauf, was im Edicte in anderer Hinsicht darüber schon bestimmt war, anzunehmen. Meiner Conjectur kommen übrigens noch folgende Puncte zu statten:

a) Savigny's eigene Angabe, daß die ofterwähnten Interdicte auf sehr alte und wichtige Servituten gehen. In der Zeit, wo der Prätor die Interdicte dafür vorschlug, war von der quasipossessio gewiß noch keine Spur, und der Prätor hielt sich daher auch nicht an die reine Consequenz von der possessio. Daher allein kömmt es, daß wir so viele Eigenheiten bey diesen Interdicten zu finden glauben. Daher gebe ich auch zu, daß von diesen Interdicten eine analoge Anwendung auf andere Servituten nicht zu machen ist.

b) Es ist von der größten Wichtigkeit, daß im Edict an derselben Stelle von den viis und fluminibus publicis und von dem ungestörten Genusse derselben die Rede war; eben so von den cloacis publicis — darnach bildet sich die Idee von einem gleichen Schutze der viae privatae, aquae privatae und cloacae privatae. Dort aber bedurfte es keiner weiteren Bescheinigung des Rechts, weil solche res in Betracht kamen,

90) Dieses Archiv I. S. 111. ff.

die allen ihrer Natur nach zum Gebrauche offen sind; hier mußte in dem fehlerfreyen Gebrauche, wenn auch während einer kurzen Zeit, der Schutz des weiteren Gebrauchs begründet werden [91]).

c) Da man hiernach die reine Idee des Besitzes nicht einmal für die Interdicte hier zulies, und theoretisch bey dem Satze hielt, wo keine traditio, da ist kein wahrer Besitz; aber doch durch die in anderer Richtung angenommenen Interdicte den Zweck des Schutzes solcher Rechte, denen ein tägliches Bedürfniß zum Grunde liegt, erreichte; so wird erst recht erklärlich, warum keine Anwendung von der usucapio für die Servituten gemacht wurde. Wäre die reine Besitzidee zum Zwecke der Annahme der Interdicte zum Grunde gelegen, so ließe sich durchaus nicht begreifen, warum der Fortschritt zur usucapio unterblieben ist.

d) Daß der Prätor das »nec vi, nec clam, nec precario« in die Interdictsformel aufnahm, drückt nichts anders aus, als daß hier von einem Privatrechte die Rede ist, das nur auf derivativem Erwerbwege begründet werden kann, und wo dann Gewalt, Heimlichkeit, und Unredlichkeit alle Präsumtion für das Recht zum Zwecke der Schutzes vernichten. Dies beweist am besten folgende Stelle:

L. 1 §. 7. D. 43, 22.

Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur (was also unter allen Verhältnissen und ohne Rücksicht auf Privatrechte geschehen muß) id circo placuit, non esse in interdicto addendum: quod non vi, non clam, non precario ab illo usus: ut etiam si quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare.

---

91) Auf das Verhältniß der viae publicae zu den viis privatis hat auch Puchta zu anderem Zweck aufmerksam gemacht. Civilistische Abhandlungen No. III.

e) Besonders wichtig ist noch, daß das interdictum de itinere auch als interdictum adipiscendae possessionis erscheinen kann, L. 2. §. 3. D. 43, 1. weil man sich ganz auf den usus seines auctor berufen darf. Alle adipiscendae possess. interdicta gründen sich aber auf ein Rechtsverhältniß, und haben nur den Besitz zum Zweck, hier den fortdauernden usus.

Da nun die wissenschaftliche Entwickelung der Römer sich hauptsächlich an das Edict anschloß, so läßt sich leicht einsehen, wie die genannten Interdicte durch Interpretation des Edicts und durch die vielen libri ad edictum im Leben erhalten werden mußten, wenn sie auch der Abstraction vom Besitze nicht vollkommen zusagten; aber daher erklärt sich auch die außerordentlich wichtige Darstellung von Paulus in seinem lib. 63. ad edictum (L. 2. D. 43, 1.), einer Stelle, die in der Einleitung von den Interdicten aufgestellt den Zweck hat, neben der Stelle Ulpian's (L. 1. D. eod.) den Ueberblick der Lehre zu geben, und die, weil Ulpian nach dem objectiven Umfange classificirt, deßhalb in die D. aufgenommen ist, weil sie nach dem Fundamente classificirt [92]). In dieser Stelle aber sind die oftgemeinten Interdicte von den possessorischen sehr strenge geschieden.

Wenn übrigens hiernach auch in meinen Gedankengang eingegangen wird, so ist die oben aufgestellte Frage noch nicht gelößt, ob für die Realrechte, die durch eigene Interdicte geschützt werden, auch das interdictum uti possidetis zu gebrauchen ist. Denn auch zugegeben, daß das interdictum uti possidetis für die Urbanal- [93]) und Personal, und auch für

92) Solche Stellen sind wegen der wirklich neuen Ansichten, die die verschiedenen Eintheilungen geben, neben einander aufgestellt, wie ich in meinem Lehrbuche des Criminalrechts auch hinsichtlich der römischen Strafen gezeigt habe, wo nebeneinander Paulus, Ulpianus und Callistratus aufgeführt sind, aus deren Darstellungen wir immer Neues lernen.

93) L. 8. §. 6. D. 8, 5.

die nicht mit eigenen Interdicten versehenen Rusticalservituten statt findet, so ist doch noch zu untersuchen, ob es auch auf die Weg, Wasser-, und Cloacgerechtigkeiten, die sich eigener Interdicte erfreuen, bezogen werden kann? Hier scheinen alle Rechtsgelehrte verneinen zu müssen. Thibaut sagt ausdrücklich a. a. O. „wenn nicht da und dort durch besondere Interdicte für sie gesorgt ist“ und dieser Ansicht habe ich kein Bedenken beyzutreten, weil die Annahme doppelter Interdicte sonderbar und übersubtil wäre, die Interpretation über das Edict jene Interdicte mit ihren Voraussetzungen in praxi erhalten hat, und auch wirklich, um hier mit Savigny zu reden, das Intermittirende bey den Weg- und Wassergerechtigkeiten seine Eigenheiten veranlaßt und die Erhaltung derselben politisch rechtfertigen läßt.

Ob aber darneben das interdictum de vi nicht statt findet, da es sich auf die quasipossessio recht gut anwenden läßt, und bey der superficies [94]), bey'm ususfructus [95]) vorkömmt, muß besonders gefragt werden. Hier gebe ich nun zu,

a) daß bey den Prädialservituten, die in Handlungen bestehen, eine dejectio nicht denkbar ist, indem die Widersetzlichkeit gegen eine Handlung immer nur eine Störung ist, weil dadurch der Besitz nicht aufgehoben ist, vielmehr so gewiß nicht verloren ist, als außerdem der Dejicient sich so bey dem Grundstücke aufstellen müßte, daß die Handlung gar nicht mehr möglich wäre. Bey körperlichen gleichwohl unbeweglichen Sachen ist es anders, weil die gänzliche Abbringung von der Einwirkung auf den Körper in ihrer Vollendung in die Sinne fällt, d. h. der Besitz verloren ist, wie der Gegner gänzlich delogirt wurde. Also reichen dann auch die interdicta retinendae possessionis bey den Servituten dieser Gattung vollkommen aus.

b) Daß bey den andern Prädialservituten das Verhält-

---

94) L. 3. §. 5. D. 43. 16.

95) L. 3. §. 13, 14. D. eod. v. Savigny S. 451.

niß mit dem herrschenden Gute so objectiv ist, daß das interdictum uti possidetis aus dem Standpuncte des herrschenden Guts, also so zu sagen aus dem Standpuncte des eigentlichen Besitzes entwickelt [96]), sogar für den Fall ausreicht, wo eine gänzliche Unmöglichkeit der Ausübung der Servitut eingetreten ist. Denn die servitus ist hier eine reine qualitas rei, und der Besitz der res wird gestört, wenn diese qualitas entzogen wird [97]).

Hieraus aber geht hervor, daß das interdictum de vi nicht statt findet, weil es nicht nothwendig ist, und daß folglich bey allen dinglichen Rechten, wo eine selbstständige Entsetzung aus dem Quasibesitze derselben vorkömmt, der Anwendbarkeit jenes Interdicts nichts im Wege stehen dürfte.

Wer die Ansichten der älteren Juristen über die Anwendbarkeit des interdicti uti possidetis auf die Servituten vergleichen will, dem empfehle ich vor allem den Ramos del Manzano ad tit. de acquis. vel ommitt. possess. (Meerman thesaur. vol. VII. pag. 109.) §. XIII. XIV., woraus man ersehen wird, wie verschieden die Meinungen von den Glossatoren an bis auf Cujacius und Donellus waren. Ueber das interdictum de vi stellt Ramos gar keine Frage an, weil er alle Interdicte bey den Servituten auf die in den Dig. (43. B. 19—23. Titel) vorkommenden beschränkt, und namentlich für die Urbanalservituten gar keine Interdicte zuläßt. (§. XIII. in fine).

Das Resultat dieser Entwickelung ist, daß nicht angenommen werden kann, die in den oft erwähnten Titeln des 43sten Buches der Pandecten angeführten Interdicte seyen als Folgen der auf die Servituten von den körperlichen Dingen herübergenommenen possessio und zum Schutze derselben in

96) L. 32. i. f. D. 8, 2. natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes habet. Man vergl. auch L. 20. pr. D. eod.

97) v. Savigny S. 471.

der Weise, wie das interdictum uti possidetis und unde vi im Systeme stehen, gebildet; vielmehr scheinen sie mir ganz anderen Zusammenhang zu haben, d. h. nach anderen Mustern gebildet zu seyn. Hieraus folgt dann weiter, daß die Lehre von der quasipossessio eine reine Abstraction der mehr aus dem Leben in die Contemplation zurückgezogenen späteren Jurisprudenz ist. Damit hängt auch zusammen, daß selbst in unseren Classikern dieser Lehre so wenig Terrain abgewonnen ist, ja, daß sich ihre Darstellung immer noch um den Grundgedanken der Befestigung des Instituts in der Idee, daß es zwar unnatürlich sey, incorporalia zu besitzen, daß aber der Besitz in einer bestimmten Beziehung doch gedacht werden könne, herumdreht. Uebrigens ist die Lehre von der quasipossessio der Schlußstein in der so großartig bewirkten Ausbildung der römischen Servitutenlehre, deren Weg in sehr abgemessener Bahn vom Strengen und starr Consequenten zum Milden und Gefälligen des Lebens gezogen wurde, wie auch so viel andere Verhältnisse beweisen [98]. Diese Lehre hat auch das Schöne, daß sie in der Richtung auf lauter einzelne Servituten, die nur Beyspiele sind, aber eben deshalb mit der hier so nöthigen großen Anschaulichkeit ausgeführt ist, wo dann auch die große Kunst des Weiterbildens des Rechts in der Analogie leichter zu erreichen ist. Leider ist aber oft hier in zweyerley Puncten gefehlt worden: nämlich bald wurden die Exempel als Arten der Servituten aufgestellt, wo man sich dann um die practische Anwendung bedeutungslos herumstritt [99]; bald hat man in harten Abstractionen sich gefallen, bey einer Lehre, wo man eben nur wenig allgemeine Sätze wollte, und sich deshalb in die Entwickelung der Beyspiele

98) Beweise L. 4. pr. D. 8, 1. — L. 65. eod. — L. 11. D. 8, 3. — L. 13. D. eod. L. 2. D. 8, 4. und viele andere Stellen. Dabey blieb denn freylich Manches zweifelhaft. L. 8. D. 8, 1. vergl. mit L. 19. D. eod.

99) Was besonders bey den servitt. itineris, actus, viae der Fall war.

und Individualitäten ergoß. Bey dieser Lehre ist auch merkwürdig, daß der Prätor an ihrer Entwickelung fast gar keinen Theil hat; jedoch ist es sehr natürlich, daß, da die confessoria eine wahre vindicatio ist [100]), die publiciana in demselben Verhältnisse bey den Servituten gebraucht wurde, in welchem sie bey körperlichen Sachen angewendet zu werden pflegte. Darauf bezieht sich auch die L. 1. §. 2. D. 8, 3.

Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris [101]).

Bey Gelegenheit der Anwendung der publiciana auf die Servituten wurde die Ansicht vom Besitz der Servituten unbezweifelt practisch, und in diesem Zusammenhange konnte es auch an der Annahme der Erwerbung der Servituten durch Ersitzung nicht fehlen. In dieser Beziehung äußerte sich der Einfluß des Prätors auf die Servituten; aber dieses geschah im Geiste eines Grundsatzes, der für das dingliche Recht so allgemein ist, wie die vindicatio, d. h des Schutzes eines Zustandes, der nicht zur vindicatio berechtiget. Hierbey sieht man aber den Einfluß des Besitzes auf das dingliche Recht, und die Bedeutung, die diese Lehre der Wirkung nach als eine allgemeine Doctrin für das dingliche Recht hat, wohin sie deshalb auch von vielen Neueren im Systeme gestellt wird [102]). Dabey ist nur noch zu bemerken, daß die Bestimmtheit, die bey den körperlichen Sachen vorkömmt, in der Ausbildung der Servitutlehre für Alles, was auf den Besitz der Servituten sich bezieht, wegen des uneigentlichen Verhältnisses, und da hier weniger Consequenz als das Passende entscheiden mußte, nicht verlangt werden kann. Daher ist auch von der Ersitzung der Servituten in unseren Quellen unter den verschiedensten Ausdrücken die Rede, insbesondere als longi temporis consuetudo, quae vicem servitutis (i. e. juris)

100) Ueberschrift des 5ten Titels im 8ten Buche der Dig.

101) Dieses beweist die Correlatstelle L. 11. §. 1. D. 6, 2.

102) Z. B. Schweppe, Mühlenbruch.

obtinet [103]), welchem entspricht vetustas, quae vicem legis tenet [104]; ferner von einem diuturnus usus und von einer longa quasipossessio [105]), von einer longae possessionis praerogativa [106]) — wo denn endlich am allerbestimmtesten lautet das, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaerere [107]). Es sind daher in diesen verschiedenen Ausdrücken nicht verschiedene juristische Institute zu suchen, auch nichts Eigenthümliches in Beziehung auf die Wirkung, und es bleibt daher neben der Servitutenersitzung nur noch das mehr im deutschen Rechte und in der Praxis ausgebildete Institut der aus der unvordenklichen Zeit entspringenden Rechtsvermuthung.

Ehe wir nun zu der Anwendung der quasipossessio auf die besonderen deutschen Rechte übergehen, müssen wir nur noch des besonderen Interdicts für die superficies Erwähnung thun, für dessen Entstehung ich die Darstellung bey v. Savigny S. 473. nicht vollkommen annehmen möchte, vielmehr glaube, daß dieses Interdict mehr zum Schutze des Rechts als des Besitzes entstand, was auch von Savigny gewissermaßen zugibt, wenn er sagt:

„Daß diese Stelle (über die Superficies) vielmehr bey den Interdicten als bey den Realklagen eingerückt wurde, war wohl bloßer Zufall“,

wozu v. Savigny auch durch den Nachsatz gewissermaßen berechtigt ist:

si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.

Daß Ulpian das Interdict als eine reine Anwendung des in-

103) L. 1. cod. 3, 34.

104) L. 1. i. f. D. 39, 3. im Zusammenhange. (Hier ist von einer quasi servitus die Rede).

105) L. 10. pr. D. 8, 5.

106) L. 5. §. 3. D. 43, 19.

107) L. 2. Cod. 3, 34.

terdicti uti possidetis ansah, kann wohl aus dem Standpuncte seiner Zeit dogmatisch gerechtfertigt werden, und historisch wollte er dieses nicht gesagt haben; dogmatisch aber galt es um so sicherer, als die dingliche Klage wegen der superficies damals vollkommen ausgebildet war.

Wegen des interdicti de precario wiederhole ich die Ansicht v. Savigny's, daß dieses Interdict überall angewendet werden kann, also auch für alle jura, bey welchen sich eine Restitution denken läßt [108]), denn dieses Interdict hat durchaus keine juristischen Voraussetzungen nach der Natur des precarii. — Vom interdicto de clandestina possessione kann nicht mehr die Rede seyn.

§. 5.

Von der Anwendung der quasipossessio auf die den Römern unbekannten deutschen Rechte.

Wenn man nicht in eine genaue Untersuchung der Natur der hierher zu beziehenden einzelnen deutschen Rechte eingehen will, so ist der Standpunct vollkommen genügend, welchen v. Savigny im §. 49. eröffnet hat. Es ist auch schon oben in dieser Abhandlung vorgekommen, daß nur, wo von Vindicationen und dinglichen Rechten die Rede seyn kann, die Natur des Besitzes in Anwendung zu bringen ist, denn nur hier läßt sich wegen der Objectivität des Rechtsgegenstandes, die unabhängig ist von bestimmten Personen, die Ausübung im eigenen Namen (animo sibi habendi) vom Recht unterscheiden, was am klarsten durch den Gegensatz sich darstellt, denn bey Obligationen ist wohl eine Ausübung des Rechts durch einen andern möglich, aber nicht eher, bis er vom Berechtigten Vollmacht nachgewiesen hat, und also immer nur animo procuratoris. Standes- und Familienrechte sind hierin noch strenger, denn sie lassen unter keiner Vermittelung die Aus-

108) S. 474.

übung durch einen andern zu. Uebrigens gibt es mancherley Rechte, an deren Gattungsverhältniße Zweifel ist, z. B. die sogenannten privilegia realia, und die deutschen Reallasten. Es muß daher noch ein näher bestimmendes Kriterium gefunden werden, dieses, glaube ich, liegt in dem obenberührten accedere corporibus. Es unterscheiden sich nämlich die unkörperlichen Sachen überall in solche, die bey der Analyse auf eine körperliche Grundlage zurückführen, und in solche, die schlechthin blos einen Anspruch an eine bestimmte Person oder an mehrere bestimmte Personen enthalten. Bey den Sachen der ersteren Art ist immer etwas Räumliches, Anschauliches, auf welches sich das unkörperliche Verhältniß, die Abstraction, die als juristisches Object erscheint, bezieht; bey den Sachen der anderen Art ist durchaus nichts da, als eine Forderung an eine Person und deren Erben. Beyspiele sollen dies näher aufklären. Ist die Leibzucht, das Wittum auf bestimmte Güter radicirt, wer kann zweifeln, daß hier so gut ein dingliches Recht vorhanden sey, als bey dem römischen ususfructus. Hätte aber der Bruder bey Uebernahme aller väterlichen Güter dem Bruder annuas praestationes einfach zugesichert, wer wird eine andere Haftung annehmen, als an den Bruder und dessen Erben? Aber noch etwas ist dabey in Betracht zu nehmen: es können Wittum und Leibzucht vertragsmäßig oder ex testamento feststehen, und zwar unter Anweisung gewisser Güter; wäre diese aber so gemeint, daß die Güter nur als Hypothek dienen sollten, so versteht sich, daß von einem selbstständig dinglichen Recht nicht die Rede seyn könne, und für das accesorisch dingliche Recht des Pfandrechts gibt es ja bekanntlich keine quasipossessio.

Dabey ist noch ein Punct vorerst in Betracht zu ziehen; es gibt deutsche Rechte, die mit der emphyteusis große Aehnlichkeit haben, und aus dem Standpuncte dieser Aehnlichkeit auch von den Juristen immer aufgefaßt worden sind; z. B. die Lehen und einige Rechtsverhältnisse bey bäuerlichen Ländereyen. Der Vasall, der Bauer in solchen Lagen wurde do-

minus utilis wie der emphyteuta genannt, und man kann nicht läugnen, daß er possessionem corporis hat. Da man nun folgerecht dem Lehenherrn, dem Grundherrn das zweyte und resp. erste dominium — das directum und originarium zuschreibt, wie sieht es für diese mit dem Besitz aus? Hier nahm man, wie bey der Darstellung des Eigenthums eine doppelte possessio an, oder, wenn man im römischen Geiste consequent seyn will, gibt man dem Lehen- und Grundherrn keine possessio corporis, sondern juris [109]). So etwas ist nun freylich unrömisch, und bey der emphyteusis konnte für den dominus nichts als die vindicatio gegen den Dritten, und das Contractverhältniß gegen den emphyteuta in Betracht kommen.

Auf jene unrömische Fortbildung des Rechts müssen wir uns jedoch ohne Umstand einlassen, weil wir practisch festgewordene Ansichten, durch theoretische Nachweisung von Inconsequenz nimmermehr beseitigen können. Aller theoretische Gewinn besteht vielmehr darin, das Verhältniß des Irrthums einzusehen, um neue Inconsequenzen zu vermeiden.

Um nun auf eine Reihe deutscher Rechte einzugehen, auf welche das Besitzverhältniß angewendet zu werden pflegt, so bemerke ich vorerst, daß aus dem privatrechtlichen Standpunct die beste Uebersicht und Classification dieser Rechte unstreitig von Mittermaier gemacht ist in seinen Beyträgen zum deutschen Privatrechte als Zusätzen zu den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 41. zu §. 229. —

109) Wie unklar übrigens die Sache bey den Meisten war, zeigt G. L. Böhmer in seinen principiis juris feudalis, wo er bey der constitutio feudi per praescriptionem immerhin von einer possessio vel quasi dominii directi vel utilis ohne sich weiter einzulassen spricht. Da man ohne Widerstreit beyden, dem Lehnsherrn und dem Vasallen Besitz zuschrieb, und zwar, da man einen doppelten Besitz an einer Sache annahm, nach der Natur des juristisch unterschiedenen Verhältnisses, so war am Ende practisch am Ausdruck nichts gelegen.

Allein ich muß hier noch einen allgemeineren Standpunct wählen, weil im Mittelalter und in der Zeit des deutschen Reichsverbandes gar viele, ja die meisten publicistischen Rechte zu privatrechtlichen Verhältnissen gemacht worden sind. So z. B. wurde die jurisdictio schon dadurch, daß sie von den Reichs-Unterthanen proprio jure an andern Unterthanen geübt wurde, ein Privatrecht; und aus diesem Standpuncte allein läßt es sich erklären, warum die possessio juris und damit der possessorische Proceß eine so große Bedeutung in Deutschland bekam [110]. Uebrigens war dieser Gang der Dinge in der politischen Maschine Deutschlands gar nichts Eigenthümliches; die Kirche entwickelte sich früher eben so, und konnte nicht anders, weil eine publicistische Entwickelung einer Gesellschaft, die kein Staat seyn soll und kann, wenn sie ihre geistige Grundlage nicht verlieren will, ein Unding ist. Also wurden die Diöcesen und Parochien als Bezirke betrachtet, die der Bischof und Pfarrer für seine jurisdictionalia und spiritualia in Besitz hat, und im canonischen Rechte ausdrücklich Besitzrechtsmittel darnach anerkannt. Von einer anderen Seite mußte dieses auch in den Landesbezirken in Deutschland und namentlich von den darauf zustehenden besonderen Rechten der dem Kaiser und Reich unmittelbar unterworfenen Stände gelten; daher nicht nur von dem Besitz der Landeshoheit im allgemeinen, sondern auch von dem Besitz einzelner Landeshoheitsrechte (worunter die Regalien) die Rede wurde. Das privatrechtliche Verhältniß war übrigens hier leicht einzusehen; es kamen nämlich Unterthanen, welche Fürsten und Herren, oder herrschende Corporation waren, mit einander in Concurrenz, und es macht nichts zur Sache, daß der Gegen-

110) Man vergleiche einmal die Reichsgesetze des 16ten Jahrhunderts, z. B. Reichsabschied v. J. 1548. §. 56. 59. 63. Reichskammergerichtsordnung v. J. 1555. Theil II. tit. 21. §. 3. Reichsabschied v. J. 1576. §. 102. wo überall von einer quasipossessio an sich und richtig auch von einer quasipossessio libertatis die Rede ist.

stand ein fürstliches Gut ist, denn dieses war eben das Unglück der Verfassung, daß zuletzt kein Recht der Staatsgewalt mehr übrig blieb, was nicht einen privatrechtlichen Standpunct darbot. Aber unjuristisch war in allen diesen Fällen die Annahme des Besitzes nicht; denn

a) ist, wie oben erwiesen, der privatrechtliche Character da [111],

b) seitdem das Territorialprincip gleichmäßig in Kirche und Staat, nämlich dort durch die Bildung von Sprengel, hier durch die feste Abgrenzung der Länder, und in beyden Beziehungen durch ausschließende Beherrschung alles desjenigen, was darinnen ist, ausgebildet wurde, war das Räumlich- und Anschaulich-Körperliche vorhanden, in Beziehung auf welches die Ausübung der Rechte sich darstellte.

Um nun aber den gewöhnlich im deutschen Privatrechte vorgetragenen Rechten näher zu kommen, will ich aus einem anderen Standpuncte, als von welchem Mittermaier ausging, eine Uebersicht versuchen. Die selbstständig dinglichen Rechte, d. h. die dinglichen Rechte, mit Ausschluß des Pfandrechts, die am Eigenthume eines Anderen vorkommen, können wohl Servituten genannt werden. Man muß nur das römische Verhältniß, und die Zuthat der neueren Zeit wohl zu unterscheiden wissen, und an eine Auseinanderhaltung der Begriffe da, wo es Noth thut, erinnern. Im Ganzen nämlich bleibt die große und von der Zeit unabhängige Idee der Römer wahr, daß Personen und Sachen juristisch zuletzt von den Begriffen libertas und servitus abhängen. Die Sachen, in Beziehung auf welche der Eigenthümer durch Rechte anderer beschränkt ist, sind servae, und es kann gar nicht darauf ankommen, worin die Beschränkung besteht, und welches Recht der andere hat.

Sehr consequent im Geiste des römischen Privatrechts-

---

111) Nirgends wurde die privatrechtliche Richtung mehr verkannt, als bey den sogenannten Staatsrechtsservituten.

systems ist die Ansicht, daß, weil das freye Eigenthum in einem unbeschränkten Thun und vollkommenen Ausschließen besteht, die Beschränkung nicht anders sich äußern könne, als dadurch, daß der Eigenthümer etwas nicht thun dürfe, oder Jemanden nicht ausschließen könne, also die Einwirkung eines anderen in gewisser Hinsicht leiden und insoweit zurücktreten müsse. Jeder Schritt weiter konnte nur in Obligationsform gethan werden: wobey sich die Bemerkung machen läßt, daß überhaupt manches Bedürfniß per modum obligationis befriedigt werden kann, was wegen der bestimmten Grenzen und Voraussetzungen bey dinglichen Rechten, in diese nicht paßt. Daher war auch in dem älteren römischen Rechte das legatum per damnationem das legatum optimo jure relictum; auch waren die Römer den bleibenden Beschränkungen sehr abhold (daher überall der favor libertatis), und liebten daher die Bedürfnisse des bürgerlichen Lebens auf dem Wege der leicht aufzulösenden Obligationen zu befriedigen.

Alles war anders im Mittelalter; das System des römischen Rechts und die inneren Principien, die man den Geist des Rechts zu nennen pflegt, hatten im Dunkel der Zeit, und insbesondere bey dem Mangel historischer und philosophischer Beleuchtung nicht begriffen werden können; — das Verhältniß bleibender Gebundenheit war aber gerade im Sinne dieser Zeit, und man fand daher in vorübergehenden Obligationen kein Genügen.

So geschah es, daß man das facere oportere von dem Besitz des Bodens in vielfacher Hinsicht abhängig machte, so daß der jedesmalige Eigenthümer durch Leistungen beschränkt werden konnte. Die L. 6. §. 2. D. 8, 5. läßt zwar auch etwas Aehnliches in Servitutform zu, aber nur als accessorium eines anderen die reine Natur der Servituten in sich schließenden Verhältnisses. Es bleibt daher in der deutschen Rechtsbildung ganz eigenthümlich, daß ein Grundstück so zu sagen zum Subjecte einer Leistung gemacht wurde. In dieser Hinsicht ist auch von Mittermaier von dinglichen Ob-

ligationen gesprochen worden [112]; allein es ist sicher, daß dieser Begriff bis hieher in der Doctrin nicht da war, daß vielmehr die Germanisten und Practiker diese Ansprüche als dingliche Rechte betrachteten, und wenn auch zugegeben werden muß, daß diese Ansicht nicht mehr Widerspruch in sich enthält, als das Verhältniß dinglicher Rechte, die in der Leistung einer Person sich äußern, so ist doch jene Wendung ungewöhnlich, und muß eben deßhalb, weil sie dem Herkommen, welches allein Unnatürliches vermitteln kann, entgegen ist, verworfen werden. Dabey will ich nur zusetzen, daß das Herkommen auch in positiven Wissenschaften seine Macht ausübt, denn es kann bey der Darstellung positiver Wahrheiten ein Institut mit seinen Folgen nicht so aufgestellt werden, wie es im Geiste einer früheren oder späteren Zeit besser erfaßt worden wäre, sondern nur so, wie es in der Zeit, wo es für das Leben und darnach in der Wissenschaft ausgebildet wurde, hervorgetreten ist. Die Wissenschaft hat in der Darstellung positiver Wahrheiten das Leben zur Führerin. In anderer Weise kömmt es zur Eigenmacht und Anarchie in der Wissenschaft, wie in den Staaten.

Es muß also anerkannt werden, daß die sogenannten Reallasten als Servitutähnliche Institute im Rechtssysteme erscheinen, und der sicherste Beweis dafür ist der Gebrauch der actio confessoria zur Geltendmachung derselben [113], denn

112) Dieser bleibt sich auch in seiner Darstellung hierin gleich. Eichhorn aber scheint hierin widersprechend, das er sein ganzes System auf die Ansicht gebaut hat, die Reallasten seyen Servitutähnliche Institute, und doch §. 161. gegen das Ende behauptet, das deutsche Recht habe den Grundsatz nicht vernichtet, daß keine Servitut im Thun bestehen könne.

113) *Böhmer* de actionibus sect. 2. cap. 2. §. 44. Schmidt, von den Klagen, 8te Ausgabe von Martin §. 471. Glück, Commentar X. Band S. 7 — 11. der zwar diese Rechte als Servituten nicht anerkennt, aber doch zugeben muß, daß sie von den Practikern, also von dem Standpuncte der Rechtsmittel so aufgefaßt worden sind.

aus welchem anderen Standpuncte will man, wenn eine theoretische Ansicht über die Natur eines schon lange bestehenden Rechtsinstituts gebildet werden soll, die Beurtheilung vornehmen, als von der durch das Herkommen geheiligten Ansicht der Betheiligten und der Richter?

Dazu kommt nun eben, daß man vom Gesichtspuncte der confessoria als des petitorischen Rechtsmittels aus, wie bey den Servituten auch auf das possessorische Rechtsmittel, und folglich auf den Besitz die Anwendung gemacht und constant durchgeführt hat, wie der angeführte Böhmer u. Schmidt, besonders aber der angesehene Franzke in resolutionum libris [114], der diesen Reallasten den Character Servituten ähnlicher Institute ernstlich vindicirt, hinlänglich nachweisen [115].

Bey dieser Lage der Dinge ist es jetzt am Ort, einen Ueberblick dieser Reallasten zu geben; das Thun äußert sich bekanntlich in Beziehung auf etwas, das verschafft werden soll, oder

---

114) Merkwürdig ist folgende Stelle des Franzke auch wegen neuerer Darstellungen über die Natur der Servituten: lib. I. resol. II. §. 117. confer eleganter Ludov. *Molinam etc* — ubi dicit, quod venditione census id non agatur, ut res pro securitate census hypothecata sit, sed ut census et onus illud sit ipsi rei, tanquam servitus quaedam, impositum. Adde *Lessium etc.* ubi ait, sicut jus servitutis est particula quaedam decerpta ex jure integro, quod dominus habet in re sua, ita et census seu jus pensionis annuae est pars quaedam juris, quod dominus habet in re sua et sicut dominus potest vendere totum jus suum, quod habet in praedio, ita et potest vendere partem juris, quae nihil aliud est, quam census realis. Quae explicatio licet novissime displiceat Manzio, quod difficile sit dominium hac ratione in partes dividere, recte tamen intellecta bene procedit, quia enim servitutes *et his similia alia onera realia* rebus imponi non possunt, quia simul *libertas dominii* eo ipso imminuatur; sine absurditate dici potest, quod particulam de pleno jure dominii decerpant et in emtorem transferant.

115) Ueber den Besitz weiter unten das Weitere.

in Beziehung auf Dienste, die geleistet werden sollen; daher ist entweder von einem Geben oder Dienstleisten die Rede. Gegeben wird

a) der census feudalis und allodialis, wobey der Unterschied nicht in der Wirkung, sondern in der dem Mittelalter angehörenden Abtheilung alles Vermögens in Lehen- und Allodialgut liegt [116]). Der census ist bald eine Geldgabe, bald eine in anderen Dingen bestehende Gabe (Naturalgabe), und es kömmt für unseren Zweck nicht weiter auf seine juristische Natur und Verschiedenheit an.

b) Die Beeten und Steuern, wobey man jedoch bemerken muß, daß diese in unseren Tagen den ihnen gebührenden reinpublicistischen Standpunct, den sie auch, soweit sie vorkamen, bey den Römern hatten, wieder annehmen.

c) Die Abgaben aus dem Communalverbande, die wirklich privatrechtlich sind, und wobey die Corporation das Rechtssubject bildet [117]).

d) Die Abgabe aus dem Kirchengemeindeverband, wohin besonders die Zehenden zu rechnen sind; außerdem aber auch die in subsidio für den Kirchenzweck zu leistenden Abgaben.

e) Die Abgaben an Einzelne, die dem ususfructus ähnlich sind, wohin Leibzucht und Wittum gehören.

Die Dienstleistungen finden statt:

a) Als Landesfolgen, wie die Steuern, die jetzt in dieser Richtung nicht mehr vorkommen, weil die Landeshoheit kein Privatrecht mehr ist.

b) Als Frohnen der verschiedensten Art.

c) Als Zwangs- und Bannrechte, wornach der Besitzer gewisser Güter zur Vornahme von Handlungen [118])

---

116) Oben an wird diese Aufgabe gestellt, weil sie die älteste der Reallasten ist; etwa die Zehnden ausgenommen.

117) Ein Communalverband ist auch der Deich- und Brandassecuranzverband.

118) Die meistens auf Befriedigung gewöhnlicher Bedürfnisse abzwecken.

an einem gewissen Orte, so daß er entweder diese nicht thun, oder da thun muß, gezwungen wird.

Diese Uebersicht kann nun freylich das nicht gewähren, was die historische Nachweisung der Entstehung dieser Rechte hervorbringt, und deren Resultat seyn dürfte, daß die Abgabe- und Dienstpflicht, die das Wesen dieser Rechte bildet, bald durch Ueberlassen von Grundeigenthum, bald durch Verwandlung der persönlichen Dienstpflichtigkeit, in eine Realdienstpflichtigkeit, bald der Vogtey wegen, oder als Ueberbleibsel alter volksrechtlicher Lasten, bald in Folge des so natürlichen Beytrags an Früchten der Grundstücke zu allgemeinen Zwecken, wie z. B. dies bey den Zehenden geschah, und in Folge der Erreichung von Communalzwecken und aus Rücksichten der gemeinen Wohlfarth, wohin auch die Lasten bey Einrichtung gemeinnütziger Anstalten, z. B. der Mühlen, gehören, bald endlich, als Reservationen bey Abtretung von Gütern aufgekommen ist. Auch ist im Mittelalter mancher Grundcensus zur Umgehung eines verbotenen verzinnslichen Darlehens errichtet, und stehen geblieben. Um hierin specielle Klarheit zu gewinnen, muß man auf die Natur des altdeutschen Eigenthums, insbesondere an Grundstücken zurückgehen, und muß untersuchen,

a) wie die verschiedenen Arten der unvollkommenen Gewehre entstanden sind,

b) wie auch bey dem ächten Eigenthum durch den Einfluß der Regalität Beschränkungen gebildet wurden,

c) wie insbesondere bey der Anwendung des römischen Rechts die Annahme der Servituten für Rechte, welche Ueberbleibsel des früher bestandenen ächten Eigenthums waren, und in der Fortentwickelung das Wesen servitutähnlicher Institute aufkam,

d) wie zum Theil auch nach dem Vorbilde der Ansichten über emphyteusis vielfach dominium directum, und utile unterschieden, und folgeweise ein dominium plurium in so-

lidum und eine possessio plurium in solidum angenommen wurde,

e) wie allmählig neben den römischen Servituten, deutsche Servituten, jetzt unter dem Namen Reallasten bekannt, und durch neuere Rücksichten der Landeshoheit, und Polizey und des Communalinteresses reichlich vermehrt im Systeme sich aufstellten [119].

Es ist hier der Ort nicht an eine weitere Ausführung zu denken, wofür mir auch die Kräfte fehlen möchten; mein Zweck ist insofern erreicht, als hiernach die oben angenommene Ansicht von der juristischen Natur dieser Rechte, so wie dieselbe im Mittelalter unter Rücksicht auf das römische Recht sich hervorgebildet hat, und wornach die Anwendung römischer Institute darauf zu beurtheilen ist, nicht leicht in Zweifel gestellt werden kann.

Es ist nur nochmal zu wiederholen, daß eigentlich hier nur von solchen Beziehungen die Rede ist, wo die Praxis nicht ein doppeltes Eigenthum annimmt, und wo dann, wie bey der Emphyteuse die beyden Eigenthümer wegen mancher Leistung nur obligatorisch verbunden sind, was auch Eichhorn sagen will, wenn er im §. 164. seines deutschen Privatrechts von einer actio in rem scripta spricht, welcher Ausdruck aber dann sicherlich nicht hieher paßt, weil ja sonst auch die emphyteutische Klage eine actio in rem scripta seyn müßte; sondern es kömmt hier lediglich das Wesen jener Reallasten in Betracht, bey welchen das Eigenthum des Dienstpflichtigen ohne Concurrenz eines anderen Eigenthümers anerkannt wird. Es lassen sich die Grenzsteine freylich hier nur setzen, wenn man sehr in das sogar nur particularrechtlich zu bestimmende Detail eingeht; aber es kann doch hier die Bemerkung genügen, daß nur bey Lehen- und bäuerlichen Gütern die Annahme eines doppelten dominii vorkömmt. Dabey ist dann auch merkwürdig, daß die, mit einer Forderungsklage geltend zu

---

119) Vergleiche Eichhorn deutsches Privatrecht §. 154 — 165.

machenden Leistungen doch nur Consequenzen des für beyde Theile stattfindenden dinglichen Rechts sind, und dieser Umstand mag Eichhorn verführt haben, von einer actio in rem scripta zu sprechen. Auf der anderen Seite kömmt hier für die Besitzlehre das in Betracht, daß sich der Besitz natürlich nicht auf diese reinpersönlichen Leistungen bezieht; wenn aber die Schuldigkeit dazu geläugnet wird, so kann die Sache aus dem Standpuncte des dinglichen Rechts gegriffen, und aus eben diesem Standpuncte Schutz im Besitze gesucht werden. Wer z. B. den Zinns nicht geben will, weil sein Gut kein Zinnsgut sey, setzt sich eines possessorischen Rechtsmittels nicht der Einklagung des Zinnses wegen, sondern der Erhaltung des Besitzes der Zinnsgerechtigkeit wegen aus.

Darnach läßt sich auch ein anderer berühmter Punct entscheiden; jene Leistungen, die wie bey der emphyteusis nur mit der Obligationenklage gefordert werden können, richten sich natürlich nach der Person desjenigen, in dessen Besitzzeit sie fällig geworden sind. Bey den Rechten anderer Art, wo die Leistungen die reinen Wirkungen des dinglichen Rechts sind, wie z. B. bey den Zehenden ist zu unterscheiden, ob die Leistung unter Anerkennung des Zehendenrechts ausbleibt, so daß der bloße Gesichtspunct der mora und der damit verbundenen culpa eintritt, welche die Sache personell macht, oder ob die Leistung wegen Nichtanerkennung des Zehendenrechts unterbleibt, wo die Nachleistung zur omnis causa der dinglichen Hauptklage gehört, und also wenigstens gegen denjenigen Besitzer, der in mala fide ist, und soweit er in mala fide ist, unbeschränkt geltend gemacht werden kann. Dabey läßt sich nur noch anführen, daß der Besitzer oft auch aus dem Standpuncte des den Forderungsberechtigten zustehenden gesetzlichen Pfandrechts haften muß.

Um nun wieder zurückzukehren, so erscheint das servitutähnliche Verhältniß der sogenannten Reallasten auch noch von einer anderen Seite; es läßt sich nämlich nicht läugnen, daß

von einer libertas in Beziehung auf das Grundstück selbst gesprochen werden kann, soferne eine der Reallasten aufgehoben wird, und dieser Gegensatz ist eigentlich der sicherste Probierstein für die juristische Möglichkeit der Ausdehnung des Servitutinstituts.

Es kann auch die Befreyung von der Last als eine neue Last für das herrschende Gut vorkommen, wie dies bey den römischen Servituten der Fall ist; z. B. bey'm Mühlenzwang hat die herrschende Mühle, die ein gewisses Gebiet zwingt, eine Last auf sich, wenn sich einzelne Höfe frey gemacht haben. Nicht selten wird hiefür der Ausdruck Realprivilegium zu Gunsten der befreyten Höfe gebraucht; solche Realprivilegien sind aber in Wahrheit Realrechte, für welche das Besitzverhältniß anwendbar ist.

Endlich verdient hier, weil von Aufzählung der deutschen dinglichen Rechte die Rede ist, des Retractsrechts erwähnt zu werden, um so mehr, als es Mittermaier in seine Classification der deutschen Realrechte unter dem Standpuncte der Beschränkung des Eigenthums durch Familienrechte aufgenommen hat. Ich muß zur Bestimmung der juristischen Natur dieses Rechts ganz der Unterscheidung beypflichten, welche Eichhorn bey der Behandlung der Retractsklage gemacht hat. Es kömmt nämlich Alles darauf an, worin die Retractsklage sich gründet, was mit Sicherheit nur durch particularrechtliche Forschungen eruirt werden kann. Drey Fundamente möchten hier aufgestellt werden können:

a) Gesammteigenthum oder eventuelles, auch existente conditione ipsa lege enstehendes Eigenthum. Im allgemeinen kann übrigens gar nichts näheres gesagt werden; sollte sich aber die Sache juristisch so stellen lassen, so ist die Retractsklage eine vindicatio, und hier ist natürlich auch nicht eine besondere Gegenleistung des Vindicanten wesentlich.

b) Bleibendes Eigenthum bey vorgenommenen Veräußerungen wegen Unzertrennlichkeit der Pertinenzen, z. B. bey

gebundenen Bauerngütern. Hier ist die Retractsklage wieder reine vindicatio [120].

c) Vorrecht bey den Veräußerungen: dieses ist in der Regel persönlicher Natur, und könnte nur durch das accesorische Pfandrecht dinglich werden. Der Beklagte ist übrigens der Besitzer der Sache, und deshalb mag hiefür mit Eichhorn der Ausdruck actio in rem scripta hier angewendet werden [121]. Daß ein persönliches Rechtsverhältniß hier statt hat, zeigt auch der Umstand, daß der Retrahent völlig die Kaufbedingnisse erfüllen und also insoweit den Besitzer entschädigen muß [122]. — Bey dieser Lage der Dinge ergibt sich einfach, daß das Retractsrecht ein selbstständig dingliches Recht auf keine Weise bildet, denn entweder ist es gar nicht dinglicher Natur, oder der Grund des Anspruchs ist das Eigenthum oder Pfandrecht. Es versteht sich daher von selbst, daß für unsern Zweck, d. h. für die Anwendung des Besitzes auf deutsche Rechte, das Retractsrecht außer aller Berücksichtigung bleibt.

Um nun nach dieser kurzen Erörterung der deutschen Realrechte von der Anwendbarkeit des Besitzes darauf zu sprechen, so hebe ich nur folgende Puncte hervor:

1) Da die possessio juris durchaus dieselben Folgen hat, wie die possessio corporis, so ist die Frage über die Annahme der einen und anderen bey denjenigen Rechtsverhältnissen, wo dominium directum und utile unterschieden wird, weniger practisch als theoretisch; aus dem theoretischen Standpuncte aber muß, wenn nicht geläugnet werden kann, daß der dominus utilis possessionem corporis habe, für den dominus directus lieber eine possessio juris angenommen wer-

120) Eichhorn S. 392.

121) Privatrecht §. 101. Hierher gehört jedes Conventionalretractrecht, weil nur ein Vertragsfundament da ist.

122) Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 170. und andere Schriftsteller und besonders ausdrückliche particularrechtliche Bestimmungen.

werden, wobey freylich wohl bemerkt werden muß, daß der dominus directus eine vindicatio rei corporalis (fundi) und nicht juris hat.

2) Bey den eigentlichen Reallasten findet für den Berechtigten in voller Analogie zu den Servituten eine possessio juris statt, und folglich das interdictum uti possidetis. Es ist auch nicht geläugnet worden, daß der Besitz durch den Ablauf der Zeit etwas Rechtliches für sich gewinnen könne. Nur in Hinsicht der Verjährungszeit hat man 30 Jahre oft für nöthig gehalten [123], und zwar nach dem Principe, daß die erwerbende Verjährung, die bey den Servituten vorkömmt, nicht erstreckt werden könne, folglich bey allen anderen Rechten nur dadurch zu helfen sey, daß derjenige, welcher die Freyheit seines Guts behauptet, mit der exceptio temporis nach 30 Jahren abgetrieben werden könne. Aber es ist eben die Frage, ob bey einer consequenten Durchführung des Grundsatzes von der vollkommen practischen Aehnlichkeit der Realrechte mit den Servituten nicht auch alle den sämmtlichen Servituten zukommenden rechtlichen Folgen auf die Reallasten bezogen werden müssen, was auch das für sich hat, daß im justinianischen Rechte, die Ersitzung ein Institut ist, welches nicht mehr den Geist der Beschränkung der älteren römischen Zeit in sich trägt. Doch will ich mich hier auf diesen Punct so wenig einlassen, wie auf den Verlust der Reallasten durch Nichtgebrauch; daß eine usucapio libertatis statt findet, wird Niemand läugnen; jedoch ist es wieder zweifelhaft, ob eine wahre und directe, oder eine blos indirecte (wenn der Ausdruck erlaubt ist) durch die Verlöschung der Klage aus dem dinglichen Rechte in 30 Jahren — ob die volle Analogie von den Servituten Platz greife, insbesondere mit der Rücksicht auf den nonusus, erfordert eine eigene, besonders auf Dogmengeschichte und Praxis Rücksicht nehmende Untersuchung. Es ist nichts Miß-

---

123) Eichhorn, S. 428. mit Beziehung auf Thibaut vom Besitz und Verjährung.

sicheres, als alle diese Controversen, (wohin unter andern auch noch die gehört: ob Realrechte durch den bloßen Vertrag oder durch quasitraditio und was dieser gleich kommen mag, erworben werden) durch einen allgemeinen aus der Analogie genommenen Ausspruch zu lösen, weil dieser Weg nur statt hat, wo noch kein fester Gerichtsgebrauch gebildet ist, was natürlich local- und particularrechtlich untersucht werden muß. Wo dieses freylich der Fall nicht ist, möchte ich immer mehr dafür seyn, der consequenten Fortbildung wegen die Ansichten des römischen Rechts durchaus zu Hülfe zu nehmen, und nur da zurückzuweisen, wo diese Ansichten im römischen Rechte selbst nicht entschieden auf das ganze Rechtsinstitut gehen, oder über den Umfang und über die neueste Richtung der Ansicht selbst, sogar in Beziehung auf die reine Anwendung des römischen Rechts Zweifel ist, wie dieses z. B. bey dem Verluste durch nonusus in den Servituten vorkömmt. Im Subsidiären des römischen Rechts liegt der Geist der Entwickelung des deutschen Rechts vom sechzehenten Jahrhunderte an, wie alle Reichsgesetze zur Genüge erweisen.

3) Es ist nicht zu zweifeln, daß die Ansicht des publicianischen Edicts auf die der Reallasten wegen anzustellende Klage übertragen werden kann, es wäre denn, daß man strenge an der diesem Edict zu Grunde liegenden Fiction halten wollte, wornach freylich Alles von der obenangerührten Controverse über die Erwerbbarkeit der Reallasten durch Ersitzung abhängen würde. Aber wie Fictionen im Laufe der Zeit ihre Bedeutung verlieren, läßt sich einsehen, weil sie nur die Brücke seyn sollen, auf welcher ein Rechtsinstitut in's Leben eingeführt wird.

4) Die Annahme der quasipossessio gibt auch keine geringe Bedeutung bey dem Gebrauche des petitorii [124]. Insbesondere ist gelegentlich hier zu bemerken, daß in Beziehung auf diese Rechte dem petitorio das summariissimum [125],

124) Man vergl. z. B. L. 8. §. 3. D. 8, 5.
125) Savigny §. 51.

und im Geiste des canonischen Rechts neben dem ordinario unter der Form des interdicti uti possidetis auch das remedium spolii statt findet[126]. Das remedium spolii setzt aber eine besondere eigenmächtige Handlung voraus, so daß die einfache Weigerung nur das römische interdictum begründen kann. Ist aber eine gegen den Berechtigten gebrauchte Gewalt und damit verbundene Beschädigung auch in der bloßen Störung vorhanden, so ist nicht zu zweifeln, daß das remedium spolii statt findet, das sich ja auch besonders practisch in der Exceptionsform äußert, und womit die bekannte Frage: ob das remedium spolii etwas anderes sey, als das interdictum unde vi, in unserer Ansicht von selbst beantwortet seyn dürfte, wobey ich nur noch bemerken will, daß bey den Rechten, deren Schutz kein interdictum de vi bedarf, weil mit dem interdictum uti possidetis Alles erreicht wird, die Sache sich gar nicht anders denken läßt, als hier vorgetragen wurde, indem an der allgemeinen Anwendung des Spolienrechtsmittels nach der ausdrücklichen Beziehung des canonischen Rechts auf Zehend- und Parochialrechte nicht gezweifelt werden kann.

5) Die Annahme der quasipossessio erweitert im allgemeinen das juristische Gebiet bey den Realrechten sehr bedeutend; da nämlich die possessio ein wahres Rechtsinstitut in Voraussetzungen und Wirkungen durch die vielfachen Beziehungen auf das Recht geworden ist, so handelt es sich überall nicht nur vom Rechte sondern auch vom Besitze, wobey nur nach Savigny's treffender Bemerkung[127]) überall scharf darauf gesehen werden muß, wer an dem körperlichen Objecte, worauf sich das Recht bezieht, die possessio habe, denn nur dadurch kann Verwirrung vermieden und Bestimmtheit des Begriffes »quasipossessio« in concreto erlangt werden.

---

126) arg. cap. 17. X 2, 13. und besonders nach cap. 2. in VI° 2, 5.

127) S. 145.

Dabey kömmt in den deutschen Realrechten noch in Betracht, daß die Analogie zu den Servituten specieller oft gegriffen werden muß. Es ist nämlich zu untersuchen, ob die Realrechte den Personal- oder Realservituten ähnlicher sind. Dabey kömmt es aber weniger auf Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts, z. B. auf das Verhältniß der Untheilbarkeit an, denn die meisten deutschen Realrechte sind theilbar, als darauf, welche Art von Einwirkung auf den fundus statt hat. Die Leibzucht oder das Wittum mit Innehabung der dazu bestimmten Güter ist ein ususfructus; die Rechte auf eine Forderung an den Besitzer des fundus sind den Realservituten ähnlich, weil dabey keine detentio des fundus selbst statt hat. In dieser Rücksicht ist denn auch die Anwendung der Lehre von der Erwerbung und von dem Verluste des Besitzes, die v. Savigny für die Servituten schon gegeben hat, auf die deutsch dinglichen Rechte nicht schwer zu machen; doch muß man immer die Reallasten, die sich in einer Forderung äußern, als eine eigne Gattung von Rechten in dieser Beziehung auffassen.

§. 6.

Von dem Erwerbe und Verluste des Quasibesitzes in besonderer Rücksicht auf die deutschen Reallasten, die sich in einem Thun, oder anders ausgedrückt, im Fordern äußern.

Zum Besitzerwerbe im allgemeinen gehört die **Erlangung der Möglichkeit** über den Gegenstand mit Ausschließung Anderer zu verfügen, und die **Erklärung der Gesinnung**, für **seine** Zwecke und weder unmittelbar noch mittelbar dienend den Zwecken **anderer** die Disposition vorzunehmen. Zur näheren Erläuterung dieser Abstraction ist nur nöthig, auf die Verschiedenheit der Gegenstände, an welchen Besitz statt findet, Rücksicht zu nehmen. Bey den körperlichen Sachen muß man bewegliche und unbewegliche unterscheiden, und darnach die Erlangung der Möglichkeit der Ver-

fügung in Betracht nehmen. Eine bewegliche Sache wird gewöhnlich körperlich (manu) apprehendirt; bey einer unbeweglichen der Zugang und Eingang für den Besitzerwerber möglich gemacht; die Gesinnung aber als etwas rein Subjectives ist von solcher objectiven Unterscheidung unabhängig. Ueberall ist aber darauf zu denken, daß nach der Natur des Besitzes die Unterwerfung der Sache für den Besitzer nur nach Ausschließung aller anderen von der Sache erreicht werden kann. Herauf bezieht sich der Ausdruck vacua possessio, und der Gedanke, daß die Unterwerfungshandlung blos möglich ist, wenn alle anderen freywillig oder gezwungen zurückstehen. Uebrigens geht die Unterwerfungshandlung so einfach und natürlich als möglich vor; und es ist nunmehr anerkannt, daß besondere Förmlichkeiten, welche äußere Zeichen wären für die wirkliche Unterwerfung, nach römischen Grundsätzen nirgends verlangt werden, ja im Geiste der blos factischen Erscheinung des Besitzes unzulässig sind. Es ist überhaupt etwas Singuläres und allmählig Entstandenes, daß juristische Beziehungen auf den Besitz angewendet wurden. (ex jure mutuari) — Bey unkörperlichen Sachen, insofern, wie bis hieher nachgewiesen wurde, ein Besitz daran zugelassen wird, ist die Möglichkeit der Erlangung der Verfügung natürlich allein zu bestimmen nach der Individualität des Gegenstandes. Will man gleichwohl zur Allgemeinheit aufsteigen, so mag man nach dem Umfange, welchen das gemeine deutsche Recht darbietet, folgende Arten von unkörperlichen Sachen unterscheiden:

a) Römische Servituten und deutsche Rechte, die in dem Gebrauche körperlicher Sachen bestehen,

b) römische Servituten, und deutsche Rechte [128]), die in Handlungen an eines anderen körperlichen Sache bestehen,

c) Rechte, die eine gewisse Vor- oder Einrichtung an eines anderen körperlichen Sache voraussetzen,

128) Z. B. gewisse Regalien als Privatrechte des Staats oder gar in den Händen von Privatpersonen.

d) Rechte, die in einem Nichtthun von Seite des Eigenthümers der dienenden Sache beruhen,

e) Rechte, die sich auf ein Thun des Eigenthümers der dienenden Sache gründen. Hierbey kann man bemerken, daß gewöhnlich die possessio juris, welche man den Lehen- und Grundherren zuschreiben kann, nicht hieher gerechnet wird, aber ganz analog behandelt werden kann, wenn nämlich bey der Einforderung der Lehen- und grundherrlichen Prästationen das Rechtsverhältniß selbst in Widerspruch gesetzt wird, und die Berechtigten sich gleichsam im Besitze ihres directen Eigenthumes halten wollen. Es ist dieses natürlich eine unrömische Construction.

Nach diesen Unterscheidungen ist nun überall zu bestimmen, was ist vacua possessio, und worin äußert sich das factum apprehensionis? Die vacua possessio stellt sich hier sehr einfach dar, indem sich der Eigenthümer seiner libertas begibt; die apprehensio aber ist bald ein Ergreifen der körperlichen Sache selbst, bald das Vornehmen einer anderen entsprechenden Handlung, das Herstellen der Vor- und Einrichtung, bald ein sichtbares und unsichtbares passives Verhältniß, wobey in Beziehung auf die Rechte der letzteren Art dasselbe eintreten kann, was in dem passiven Theile der Obligation liegt. Bey den Rechten, die in dem Gebrauche fremder Sachen bestehen, und wo die Ausübung des Rechts immer mit dem natürlichen Besitz der Sache selbst verbunden ist, wird der Besitz des Rechts auf dieselbe Weise erworben, wie der Besitz der Sache selbst. Fortgesetzt wird dieser Besitz ebenfalls, wie jeder Besitz an körperlichen Sachen, durch den Umstand, daß die Möglichkeit der Disposition nicht unterbrochen wird, denn wie diese unterbrochen ist, ist auch der Besitz verloren. Dabey ist aber zu bemerken, daß es keine Unterbrechung ist, wenn der Besitzer die Sache, die er gebrauchen kann, nicht gebraucht, weil er sie eine Zeit lang nicht gebrauchen will, sondern es muß der Gebrauch der Sache so aufgehört haben, daß er entweder nicht mehr gemacht werden konnte, oder dem

Berechtigten ausser alle Berücksichtigung gekommen war. In der letzten Hinsicht enthält der nonusus Verlust des Besitzes, und wird, wenn dieser eine bestimmte Zeit gedauert hat, ein Aufhebungsgrund des Rechts selbst [129]). Bey denjenigen Rechten, deren Ausübung in einer eigenen unabhängigen Handlung besteht, muß die Handlung, die die Ausübung des Rechts ausmacht, unternommen seyn. Will man hier gleich auf den animus sehen, so ergibt sich einfach, daß in der Handlung, die eine Rechtsausübung enthalten soll, die Gesinnung liegen muß, Kraft eines Rechts zu handeln [130]). Es ist dieses ganz dasselbe, was beym Besitze körperlicher Sachen der animus domini ist. Bey der ersten Gattung von Rechten liegt der animus, das Recht auszuüben in dem animus, die körperliche Sache zwar nicht selbst, sondern diese für einen anderen, den Gebrauch aber für sich zu haben. — Eine wirklich continuirliche Fortsetzung der Handlung läßt sich nicht einmal denken; und daher besteht die Fortsetzung des Besitzes hier in dem Umstande, daß die Vornahme der die Rechtsausübung bezweckenden Handlung fortan möglich bleibe und dieses der Besitzer fühle. Es ist hier der Ort nicht, in die Eigenheiten, die für die römischen Weg- und Wassergerechtigkeiten angenommen werden, einzugehen [131]). Der Verlust des Besitzes solcher Rechte hat statt, wenn der bisherige Besitzer die Ausübungshandlung nicht mehr vornehmen kann, oder nicht mehr vornehmen will. — Die Rechte der dritten Gattung haben einen bleibenden Anhaltpunct in dem Bestehen der Vor- und Einrichtung, die ihre Ausübung möglich macht. Das Daseyn dieser Anstalt begründet und erhält den Besitz des Rechts; das Wegseyn derselben führt zum Verluste des Besitzes. — Wenn die Rechte der dritten Gattung ein in dem Bestehen der Anstalt äußerlich wahrnehmbares Leiden des Eigenthümers der

129) Man vergl. Savigny, S. 447. 448.

130) L. ult. D. 8, 6. L. ult. D. 43, 19.

131) v. Savigny, §. 46. S. 457.

dienenden Sache mit sich führen; so äußert sich bey den Rechten der vierten Classe deren Ausübung zwar auch in der patientia, aber gewöhnlich in einer nicht so sinnlich wahrnehmbaren, sondern nur überhaupt ausgedrückten; es kann nämlich derjenige, der in den Besitz des Rechts kommen will, wornach der Eigenthümer eines Guts etwas nicht thun soll, seinen Zweck durch die blose bestimmte Erklärung des letzteren, daß er das nicht thun werde, was er nicht soll, erreichen [132]. Je fester und erkennbarer aber diese Erklärung ist, z. B. durch besondere Cautionsleistung, durch Eintragung in öffentliche Bücher, desto anschaulicher wird auch die Besitzerwerbung. Am anschaulichsten ist sie, wenn der Eigenthümer thun wollte, was er nicht thun soll, und der Berechtigte durch seinen Einspruch jenen abhält; hier führt die Abhaltung wieder auf eine sinnlich wahrnehmbare patientia. Fortgesetzt wird hier der Besitz durch das Fortbestehen des Zustandes der patientia; verloren ist der Besitz durch das Aufhören dieses Zustandes. Dieses Alles ist jedoch als bekannt nur kurz des Zusammenhanges wegen, und um das Verhältniß der fünften Gattung der obenaufgestellten Rechte gegenüber in Betracht zu nehmen, angeführt worden.

Der Besitz wird bey dieser fünften Gattung dadurch erworben, daß der Forderung, die den Gegenstand des Rechts ausmacht, nachgegeben ist. Es ist aber hier gleich zweifelhaft, was unter dem Nachgeben zu verstehen sey? Ob ein bloßes Anerkennen der Schuldigkeit, oder ob eine Erfüllung derselben? z. B. A. behauptet das Recht des Mühlenzwangs gegen den B. zu haben, und im Besitze desselben zu seyn, weil dieser auf die Anforderung, nur bey ihm wegen jenes Rechts mahlen zu lassen, erklärt habe, das wolle er thun. Liegt darin eine Besitzerwerbungshandlung? Oder muß der B. auf die Prätension des A. und wegen derselben in der Mühle des A. wirklich haben mahlen lassen? — Dieser Punct wird sich einfach erledigen lassen, wenn wir von festen juristischen Be-

131) v. Savigny, S. 468. wo auch die Ansichten Anderer angeführt sind

griffen ausgehen. Es kann nämlich hier, wo das Wesen des Rechts in einem Thun besteht, weder mit einem blosen Thun wollen abgethan seyn, noch weniger aber die wahre und vollkommene Erfüllung der Forderung gemeint seyn, weil ja sonst bey der vorhandenen Gewährung des Rechts über den Besitz nicht gestritten würde. Es muß also eine Handlung vorgefallen seyn, in welcher der Verpflichtete dasjenige wirklich thut, was den Gegenstand des Rechts ausmacht. Bey dem Mühlenzwang ist sonach nöthig, daß der Verpflichtete in der Zwangsmühle habe mahlen lassen. Von einer Erfüllung kann aber die Rede nicht seyn, weil sich gerade die Natur eines dinglichen Rechts nur deshalb hieher erstrecken läßt, weil die vollkommene Erfüllung von einer bestimmten Person gar nicht geschehen kann, vielmehr unabhängig von Individuen nur dadurch bewirkt wird, daß jeder Eigenthümer eines bestimmten Objects die Leistung machen muß. Wenn nun ein Eigenthümer eines solchen Objects, oder mit dessen Vorwissen ein Innhaber desselben die Leistung macht, so ist der Besitz erworben. Indem wir aber den Ausdruck gebrauchen »die Leistung macht«, ist schon mehr gesagt, als darin liegt, wenn wir oben sagten: »wer dasjenige thut, was den Gegenstand des Rechts ausmacht«; denn es kömmt natürlich Alles darauf an, in welcher Gesinnung etwas geschieht, wenn die Handlung präjudizirlich werden soll. Es gehört hieher dasjenige, was Paulus in seinem lib. 2. Institutionum über die Natur der Forderungen sagt:

(L. 3. D. de O. et A. 44., 7.)

Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Non satis autem est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.

Es muß also die Handlung vor- und angenommen werden in der Gesinnung, dadurch einem Mühlenzwangsrechte zu entspre-

chen. Es ist hier dasselbe, als wenn bey der Erwerbung des Servitutenbesitzes gefordert wird, daß der Erwerbende die treffende Handlung in der Gesinnung vornehme, das bestimmte Recht auszuüben. Nur müssen wir bey den Rechten dieser fünften Gattung nicht vergessen, daß hier der Gegenstand des Rechts in einem Thun von der einen Seite und in einem Entgegenkommen von der anderen nach der Natur der Obligationen besteht, und also deshalb auch die Gesinnung in zweyen Personen sich äußern muß.

Fortgesetzt wird der Besitz so lange, als sich der Verpflichtete nicht weigert, oder doch der Berechtigte der Weigerung nicht nachgibt. Das Weigern ist eine Besitzstörung, und begründet das interdictum uti possidetis; und nur wenn der Berechtigte auf die Weigerung nicht nur stille sitzt, sondern sogar geschehen läßt, daß, soferne eine dem Rechte entgegenstehende Handlung möglich ist, z. B. bey den Zwangs- und Bannrechten, diese unangefochten vorgenommen wird, ist der Besitz verloren. Auch hier kann demnach das interdictum unde vi nicht vorkommen, weil nur eine Störung, keine Entsetzung möglich ist.

Am Schlusse dieser Beyträge zur Lehre von der quasipossessio will ich mir nur noch folgende Bemerkungen erlauben:

1) Es versteht sich, daß quasipossessio auch durch Stellvertreter erworben, erhalten und verloren werden kann: und die Anwendung ist ganz nach der Analogie von der possessio und in Berücksichtigung der ebenangegebenen Besitzerwerb- und Verlust-Handlungen zu machen.

2) Eine bloße Consequenz dieses Satzes ist es, daß es auch bey der quasipossessio eine Erwerbung brevi manu und durch das sogenannte constitutum possessorium gibt. Für den ersten Fall mögen folgende Beyspiele passend seyn: Wer bißhieher locationsweise das Recht hatte, über eines anderen Grundstück zu gehen, und deshalb etwa Anstalten getroffen hat, einen Pfad bahnte, Schlüssel zum Eingang hatte ist von dem Augenblicke an im Besitze des Rechts, wo dasselbe

vertragsmäßig als Servitut constituirt wird. Wer ferner bis hieher ein Gut als Pächter detenirte, welches ihm jetzt zum censitischen Kraft Erbbestandvertrags überlassen wird, erwirbt für sich brevi manu possessionem fundi, und der bisherige Eigenthümer erhält possessionem juris. Für den zweyten Fall dient folgendes Beyspiel, welches insonderheit zeigt, daß durch den Eigenthümer eines Guts selbst der Besitz eines Rechts daran für einen anderen nicht nur fortgesetzt [133], sondern sogar erworben werden kann, nach der Analogie der L. 18. pr. D. 41., 2.

> Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem *ministerio meo* facio: nec idem est possidere et alieno nomine possidere.

Wobey ich jedoch nicht zu vergessen bitte, daß ich von Analogieen spreche. Eine fürstliche Kammer will ihr Recht, den Zehenden rauh zu ziehen, ausüben, verpachtet dasselbe aber an diejenigen selbst, gegen welche dieses Recht prätendirt wird. Die Zehendpflichtigen und die fürstliche Kammer schließen in der angegebenen Art den Pachtvertrag, und bringen ihn auch, sogar denselben mehrmahls erneuerend, zur Vollführung. Die Kammer behauptet nun, den Besitz des Zugzehendenrechts durch die Verpflichteten selbst erworben zu haben, wenn sie auch früher in der Freyheit von diesem Rechte gestanden hätten; denn nachdem die Zehendpflichtigen anerkannt haben, den rauhen Zehend gepachtet, und darnach sich selbst ausgezehendet zu haben, müssen sie ihren Besitz der Freyheit, wenn er früher bestanden hat, aufgegeben und den Besitz des Zugzehendenrechts für die Kammer erworben haben. Es fehlt hier weder an dem factum apprehensionis, welches die wirkliche Selbstauszehendung oder Innebehaltung der Zehendportion ist, noch an dem animus der Kammer sowohl, die den

---

133) v. Savigny, S. 449.

Pachtvertrag schloß und darin ihre Gesinnung ausdrückte, als auch der Mittelspersonen, die sich den Pacht gefallen ließen, die Pachtsumme zahlten und nach dem ganzen Pachtverhältnisse dasselbe sogar erneuernd verfuhren.

Durch dieses Beyspiel, welches in Wahrheit diese ganze Untersuchung veranlaßte, ist auch dargethan, daß nicht nur dingliche Rechte an sich, sondern auch Qualificationen derselben den Beziehungen des Quasibesitzes unterworfen sind.

II.

Ueber die Senectus.

Von Thibaut.

Die gewöhnliche Ansicht über die Senectus und deren Folgen war bisher diese: mit dem vollendeten 70sten Jahre beginne die Senectus, oder das Greisenalter, und wer diese Lebensstufe erreicht habe, der sey in der Regel von allen muneribus personalibus, namentlich der Tutel, excusirt, und könne wider seinen Willen nicht zum Zeugniß gezwungen werden, welchen letzten Satz auch die Glosse ad L. D. 8. de testibus, zufolge des Inhalts dieses Fragments angenommen hat (wegen des Wortes senes), obgleich sie, wie sich nachher ergeben wird, der Meinung war, daß durch Diocletian's Vorschrift in L. 3. C. qui aetate vel professione der Termin in der Regel auf 55 Jahre gesetzt sey. Die Glosse befolgte hier nämlich die strengen Regeln der grammatischen Auslegung, daß man generalia und specialia mit einander combiniren muß, und so blieb sie, der angeblichen neuen Regel ungeachtet, auch bey der in §. 13. I. de excusat. L. 2. pr. D. eod. enthaltenen besonderen Vorschrift, daß erst das volle Alter von 70 Jahren den berufenen Vormündern eine excusatio gibt.